Der Ausgleich zwischen dem Bürgen und dem Drittverpfänder

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hellmut Szallies

Referendar aus Königsberg i. Pr.

Approbiert am 1. März 1936.

1936

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

1936/205

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. B. Kübler.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung.
§ 1. Einführung in das Problem 1

B. Rechtshistorische und rechtsvergleichende Betrachtung.
§ 2. Die Stellung des römischen Rechts 3
§ 3. Die Stellung des Allgemeinen Landrechts . . . 8
§ 4. Die Stellung des schweizerischen Rechts . . . 12
§ 5. Die Stellung des österreichischen Rechts . . . 13

C. Das geltende Recht in seiner Stellung zu dem Problem des Ausgleichs zwischen Bürge und Drittverpfänder.
§ 6. Die Ausgleichspflicht unter Mitbürgen . . . 15
§ 7. Die Ausgleichspflicht unter mehreren Drittverpfändern . 22
§ 8. Die Ausgleichspflicht zwischen Bürgen u. Drittverpfändern 31

Literaturverzeichnis.

I.

Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Amtl. Ausgabe. Berlin, Leipzig 1888.

Materialien, Die gesamten, zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Hrsgb. von B. Mugdan. Berlin 1899.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. Berlin, Leipzig 1888.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Im Auftrage des Reichsjustizamtes, bearb. v. Dr. Achilles, Dr. Gebhard, Dr. Spahn. Berlin 1899.

II. Lehrbücher.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen 1902.

— Desg. 3. Bd. Rechte an Sachen und Rechten. Tübingen 1905.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. Halle a. d. S. 1908—1915.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 5. Aufl. Halle a. d. S. 1894—1897.

Eccius: Preußisches Privatrecht. 7. Aufl. Berlin 1896.

Ehrenzweig: System des österreichischen allgem. Privatrechts. 1. Bd. 2. Hälfte. Das Sachenrecht. 6. Aufl. v. Krainz-Pfaff. Wien 1923. 2. Bd. 1. Hälfte. Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. (7. Aufl. v. Krainz-Pfaff) Wien 1928.

Enneccerus: Recht der Schuldverhältnisse in Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Marburg 1930.

Gierke„ O. v.: Deutsches Privatrecht. 2. Bd. Sachenrecht. Leipzig 1905.

Kohler: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 2. Bd. Vermögensrechte. 1. Teil: Schuldrecht. Berlin 1906.

Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Frankfurt am Main 1891.

Windscheid-Kipp: Desgl. 2. Bd. 9. Aufl. unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerl. Rechts. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff: Sachenrecht. In Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1932.

III. Kommentare.

Biermann: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 2. Aufl. Berlin 1903.

Oertmann: Kommentar z. Bürgerl. Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910.

Planck: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1928.

RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG. Erläutert von Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am RG. 8. Aufl. 1935.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 9. Aufl. 1930.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1930.

IV. Einzelschriften.

Abrahamsohn: Die rechtliche Stellung der Dritverpfänder und Bürgen auf Grund der Einlösungszahlung. Diss. Freiburg 1905.
Barkhausen: Der gegenseitige Regreß mehrerer Sichersteller für dieselbe Forderung. Diss. Leipzig 1906.
Brockhues: Rechte und Pflichten des zahlenden Bürgen. Diss. Erlangen 1896.
Dähne: Der Rückgriff des Bürgen und dritten Pfandeigentümers gegen den Hauptschuldner und der Rückgriff zwischen Bürgen und dritten Pfandeigentümern untereinander nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1907.
Dernburg: Das Pfandrecht. 2. Bd. Leipzig 1864.
Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.
Evers: Ausgleichsansprüche zwischen Bürgen und Drittverpfändern. Diss. Rostock 1911.
Förster: Die Ausgleichung unter Mitbürgen und Dritteigentümern nach §§ 774, 1225, 1249, 1143 BGB. Diss. Leipzig 1908.
Girtanner: Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrechte. Jena 1850.
Hasenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870.
Happek: Das Eintrittsrecht in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. Diss. Erlangen 1909.
Koban: Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht. Graz 1904.
Kremer: Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von Bürgschaft und Gesamtschuld. Diss. Straßburg 1902.
Leichsering: Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung nach dem Rechte des BGB. Diss. Jena 1913.
Muermann: Konkurrenz von Bürgschaft, Hypothek und Pfand. Diss. Köln 1931.
Oellers: Der Ausgleich bei mehrfacher Forderungssicherung. Diss. Marburg 1926.
Schulz: Rückgriff und Weitergriff. Breslau 1907. Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts. Bd. 21.
Tacken: Der Ausgleichsanspruch des Mitbürgen nach dem Recht des BGB. Diss. Breslau 1907.
Tasse: Die Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Sicherungsverpflichteten nach Befriedigung des Gläubigers durch einen von ihnen. Diss. Halle-Wittenberg 1931.
Vetter: Die Bürgschaft für eine Forderung, für welche dem Gläubiger die Bestellung einer Hypothek versprochen ist. Diss Greifswald 1898.
Wandel: Das Verhältnis von Bürgen und Drittverpfändern untereinander, falls einer den Gläubiger befriedigt. Diss Heidelberg 1909.

V. Aufsätze.

Bendix: Zur Lehre von dem gesetzlichen Uebergange der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen; in Arch. f. bürgerl. Recht 1905. Bd. 25, S. 84 ff.
Braun-Melchior: Rechtsübergang und Ausgleich bei mehrfacher Drittsicherung; in Arch. f. zivil. Praxis 1930, Bd. 132, S. 175 ff.

Breit: Zur Lehre vom Eintritte des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem BGB; in Gruch. Beitr. 1904, Bd. 48, S. 283 ff.
Cohn: Ueber das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und Bürgen; in JW 1906, S. 410 ff.
Knorr: Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und den Pfandrechten; in Arch. f. zivil. Praxis. 1846. Bd. 28, S. 167 ff.
Martinius: Entsprechende Anwendung des § 774 II im Falle des § 1225 BGB; im DJZ 1903, S. 543 ff.
Sellner: Zur Auslegung des § 1225 BGB; in „Recht" 1904, S. 477.
Sternberg: Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung; in Gruch. Beitr. 1908, Bd. 52, S. 545 ff.
Strohal: Die Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigenden Gläubigers nach BGB; in DJZ 1903, S. 373 ff.
— Der gesetzliche Uebergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung; in Jher. Jb. 1912, Bd. 61, S. 59 ff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533919_0090

§ 1.

A. Einleitung: Einführung in das Problem.

Jede den Rahmen des einfachen Tauschhandels sprengende Wirtschaft hat zur Voraussetzung eines störungsfreien Ablaufs den Kredit, und jeder Kredit brauch einen soliden Grundstock, nämlich Sicherheit. Und je mehr Sicherheiten der Einzelne bieten kann, umso größer ist sein Kredit. Das deutsche Recht hat für diesen Zweck die Institute der Bürgschaft und des Pfandes entwickelt. Es kann also jeder, der für die Schuld eines Dritten Sicherheit geben will, sich dem Gläubiger durch Eingehung eines Bürgschaftsvertrages verpflichten oder demselben ein Pfand an seiner beweglichen Sache oder an seinem Grundstück bestellen.

Die Rechtstellung dieser Sicherer ist in unserem heutigen Recht nach allen Richtungen hin durchdacht und für den Fall, daß der Sicherer den Gläubiger befriedigt, ist die klare Bestimmung in den §§ 774, I, 1143, 1225 BGB getroffen, daß die Forderung des befriedigten Gläubigers gegen den nichtzahlenden Schuldner nicht erlösche, sondern auf den Drittsicherer übergehe. Auch für solche Fälle, in denen eine Forderung durch mehrere Bürgen oder mehrere Verpfänder gesichert worden ist, und darum die Frage nach der Gestaltung des Innenverhältnisses der Sicherer aufgeworfen werden mußte, sind diesbezügliche Normen erlassen. Daß aber der Gläubiger sich seine Forderung sowohl durch einen Bürgen als auch durch Pfandbestellung an der Sache eines Dritten (sei es nun in der Form des Faustpfandes oder der Hypothek) sichern lassen kann, hat der Gesetzgeber nicht oder nur mangelhaft bedacht. Denn bei dieser Rechtslage hat der Fall, daß die Befriedigung des Gläubigers durch einen der Sicherer erfolgt, in Bezug auf die Beziehungen der Sicherer untereinander keine ausdrückliche Erwähnung gefunden.

Nehmen wir an, daß die Geldforderung des X gegen den Y durch eine von B bestellte Bürgschaft und durch ein vom Eigentümer E an seiner Uhr bestelltes Pfand oder durch eine vom E an seinem Grundstück bewilligte Hypothek gesichert ist. Zahlt jetzt B an X, geht nach § 774 BGB die Forderung des X gegen Y und nach §§ 412, 401 BGB das Pfand an der dem E gehörigen beweglichen Sache,

respektive die Hypothek am Grundstück des E, auf B über. B kann demnach dem Eigentümer E die Last der Sicherung in voller Höhe aufbürden. Zahlt dagegen E zuerst an X, geht auf ihn nach § 1225 resp. § 1143 die Forderung gegen Y und nach § 412, 401 die von B bestellte Bürgschaft über. Nunmehr kann sich E von B erholen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheint die Beantwortung der Frage nach dem Ausgleich zwischen B und E davon abzuhängen, wer zuerst an den Gläubiger zahlt. Mit Recht ist aber diesem Ergebnis die Anerkennung versagt worden, weil es zu einem Wettlauf der Sicherer führen würde mit dem Ziel, als erster den Gläubiger zu befriedigen. Und damit würde diese Lösung dem Wesen der Sicherung widersprechen, die ja nur eine Garantie für die Erfüllung des Schuldners bewirken will und soll und nicht die möglichst schnelle Befriedigung des Gläubigers erstrebt. Will jemand die Schuld eines Dritten begleichen, vermag er dies unter Ausnutzung anderer Möglichkeiten zu tun. Er kann die Schuld übernehmen §§ 414, 415 BGB oder, sofern der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, nach § 267 als unbeteiligter Dritter die Schuld erfüllen. Schließlich bleibt ihm auch der Weg, von dem Gläubiger durch Kauf die Abtretung der Forderung zu erlangen, um damit für diesen einen der Befriedigung durch den Schuldner gleichkommenden wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen.

Um der Lösung dieser Frage nach dem Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfänder näher zu kommen, hat man vielfach den Weg eingeschlagen, das römische Recht, das Allgemeine Landrecht und die modernen Gesetze anderer Staaten auf ihre Stellung zu diesem Problem zu untersuchen. Man ist offenbar bei diesem Vorgehen einer Anregung Strohals gefolgt, die dieser in Jher. Jb. 61, 67 gab, indem er ausführte: „Auch das neue Bürgerliche Gesetzbuch ist ein Produkt historischer Entwicklung und ein sehr großer Teil dessen, was darin steht, beruht auf einem Rezeptionsprozeß, dessen Nachweis für das Verständnis des Gesetzes mitunter förderlicher sein kann als ein von der Gedankenwelt, aus welcher heraus die Bestimmungen des Gesetzes entstanden sind, sich isolierendes Paragraphenschachspiel. Ich hoffe, daß sich dies gerade bei dem uns beschäftigenden Problem bewähren wird".

B. Rechtshistorische und rechtsvergleichende Betrachtung.

§ 2.

Stellung des römischen Rechts.

Bereits das klassisch-römische Recht kennt Fälle mehrfacher Bürgschaft[1]), die aber damals allein dem Gläubiger zugute kamen; denn er konnte die solidarhaftenden Mitbürgen einzeln in Höhe der ganzen Schuld in Anspruch nehmen. Daran, einen Ausgleich unter den einzelnen Mitbürgen herbeizuführen, dachte man nicht. Die so ungünstige Stelung des Bürgen wurde erst durch die aus dem 4. Jahrhundert v. Chr. stammende lex Apuleja verbessert, deren Inhalt uns Gaius nennt: Inst. III, § 122. Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleja quandam societatem introduxit. nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit adversus ceteros actiones constituet. Durch dieses Gesetz wurde also eine Art von Gesellschaft begründet, auf Grund deren der in Anspruch genommene Bürge das, was er über seinen Kopfteil bezahlt hatte, von den anderen Mitbürgen nach Kopfteilen ersetzt verlangen konnte. Dieser Rechtszustand war nicht von langer Dauer. Für Italien brachte bereits die lex Furia gegen Ende der Republik eine Aenderung; denn nach herrschender Meinung hatte die lex Apuleja in dem Geltungsgebiet der lex Furia ihre Rechtswirksamkeit verloren[2]). Die lex Furia bestimmte folgendes: Die Bürgen

1) Gaius Inst. III, §§ 115, 116 berichtet über die zu seiner Zeit verschiedenen Arten der Eingehung einer Bürgschaftsverpflichtung, die aber offenbar nacheinander entstanden sind, nämlich über die sponsio, die fidepromissio und die fideiusio. Alle diese Rechtsgeschäfte wurden in Stipulationsform abgeschlossen, die sich im einzelnen durch die Eingehungsworte und ihre materielle Gestaltung unterschieden. Die sponsio war nur unter römischen Bürgern zulässig, und der Sponsor hatte nach der lex Publilia die actio depensi, die auf die doppelte Summe ging. Durch fidepromissio konnten sich auch d. Peregrinen verpflichten; diesen standen aber zur Geltendmachung ihrer Ers.Anspr. nur die gewöhnl. Rechtsbehelfe zur Verfügung. Zwischen dies. beid. Formen u. d. fideiussio bestand d. grundleg. Unterschied, daß durch letztere jede Verbindlichkeit übernommen werden konnte, die sponsio u. fideromissio nur für verborum obligationes zulässig war.

2) Ueber die Strittigkeit berichtet uns Gaius, Inst. III, § 122: unde quaeritur, an post legem Furiam adhuc legis Apuleiae beneficium supersit, et

werden innerhalb zweier Jahren nach Eingehung ihrer Verpflichtung frei. Im Augenblick der Fälligkeit der Schuld wird die Forderung gegen die Bürgen in ihrer Anzahl entsprechende Teilforderungen zerlegt; so daß von nun an jeder Bürge nur zu einem Teil belangt werden konnte[3]). Die Härte dieser Auffassung liegt darin, daß die Gefahr einer plötzlichen Insolvenz eines Bürgen allein den Gläubiger traf. Der Gläubiger, der sich ja überhaupt nur an den Sponsor und Fidepromissor halten konnte[4]), wurde durch diese Fristbestimmung unerhört schwer getroffen. Es liegt auf der Hand, daß dieses Gesetz sich verkehrsfeindlich auswirken mußte und darum die Ursache für das Bedürfnis war, ein neues Institut zu schaffen, das den Zwecken der sponsio und fidepromissio entsprach, aber nicht unter die harte Bestimmung der lex Furia fiel. Dieses erstrebte Institut begegnet uns später in der fideiussio. Die Rechtsstellung des Bürgen wurde noch günstiger durch die lex Cicereia, Gaius III, § 123, durch die der Gläubiger verpflichtet wurde, den Sponsor und Fidepromissor von der Schuld in Kenntnis zu setzen, für die intercediert wurde, und die Zahl der Mitintercedenten zu nennen, andernfalls die Bürgen frei wurden. Diese starke Ueberspannung der Interessenwahrnehmung des Bürgen hört auf, als sich das Institut der fideiussio in den Vordergrund schiebt. Alle bisher erlassenen Gesetze haben für diese Form keine Gültigkeit außer der lex Cicereia. Gaius III, § 123 letzter Halbsatz : Sed in usu est, etiam si fideiussores accipiamus, praedicere.

Zugunsten des Fideiussors galt nicht die Frist von zwei Jahren; seine Schuld ging auf die Erben über, und er haftete trotz mehrerer Mitfideiussoren für die ganze Schuld. Einen Ersatzanspruch hatte er vorerst nur gegen den Hauptschuldner aus dem Auftrag oder aus der Geschäftsführung ohne Auftrag. Diese von Anfang an wenig günstige Rechtslage wurde allmählich gebessert, ohne die berech-

---

utique extra Italiam superest. nam lex quidem Furia tantum in Italia valet, Apuleia vero etiam in ceteris provinciis. sed an etiam in Italia beneficium legis Apuleiae supersit, valde quaeritur.

3) Gaius, Inst. III; 121: Etiam sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur, et quotjuot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducetur inter eos obligatio, et singuli in viriles partes vocabuntur.

4) Gaius, Inst. II, § 120: Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.

tigten wirtschaftlichen Interessen des Gläubigers zu verletzen; zunächst durch das beneficium cedendarum actionum, das den Gläubiger verpflichtete, seine Rechte gegen den Schuldner mit den Nebenrechten abzutreten — allerdings nur dann, wenn der Bürge zu voller Befriedigung bereit war. l 2 C de fideiussoribus et mandatoribus 8,40/41 a. 201 p. Chr. Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem accepit, licet, si malit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit, quod cum facit, debet ius pignorum in eam transferre. Dadurch wurde der Fideiussor in den Stand gesetzt, die Confideiussoren anteilmäßig in Anspruch zu nehmen. Und Hadrian gab dem Bürgen in der sogen. epistula divi Hadriani das beneficium divisionis. Darnach konnte der Bürge, sofern mehrere Confideiussoren vorhanden waren, einredeweise geltendmachen, daß der Gläubiger sich bei allen Confideiussoren um Erfüllung bemühen müsse, und er für seine Person nur auf seinen Anteil hafte. Hadrian vermied aber die Fehler der lex Furia. Der Bürge konnte Teilung nur unter den im Augenblick der Geltendmachung des Anspruchs verpflichteten anwesenden und zahlungsfähigen[5]) Confideiussoren verlangen. Die Rechtsstellung des Bürgen erfährt durch die Novelle IV noch eine erhebliche Verbesserung. Bis dahin hatte der Gläubiger die Wahl, den Schuldner oder den Bürgen in Anspruch zu nehmen[6]). Die Novelle IV cap. 1 begünstigt den Bürgen insofern, als sie ihn subsidiär einstehen läßt. Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit, is non primum mox adversus mandatorem aut fideiussorem aut sponsorem accedat, neque neglegens debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit. Et si quidem inde receperit, ab aliis abstineat (quid enim ei in extraniis erit a debitore completo?); si vero non valuerit a debitore recipere aut in

5) Gaius, Inst. III, § 120: sed nunc ex epistula divi Hadrian compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes petere. l, 10 D 46,,1.

6) l. 5, C 8, 40 Iure nostro est potestas creditori relicto reo eligendi fideiussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.

l. 7 D 14/5. Pater filio permisit mutuam pecuniam accipere et per epistulam creditori mandavit, ut ei crederet: filius ex minima parte patri heres exstitit. respondi esse in potestate creditoris, utrum filium cum credidisset, in solidum an heredes, pro qua parte quisque successisset, mallet convenire.

partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit accipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat et ab illo, quod reliquum est, sumat.

Nach im gemeinen Rechte herrschender Meinung verlor der Bürge die Rechtswohltat unter ähnlichen Voraussetzungen wie das beneficium divisionis, nämlich dann, wenn die Ausklagung des Schuldners wesentlich schwieriger war als die des Bürgen. Das Gesetz enthielt die Bestimmung zwar nicht ausdrücklich, aber man hielt es nicht für zu gewagt, diese Auffassung dem Gesetz zu entnehmen, vgl. Windscheid II, § 478 R, RG 6/154, Sell, Zeitschrift für Zivilrecht und Praxis Bd. III, S. 243.

Die bis dahin auffällige Tendenz der Gesetzgebung, die wirtschaftliche Gefährdung des Bürgen so weit wie möglich zu mindern, wird durch cap. II der Novelle IV verlassen. Sed neque ad res debitorum quae ab aliis detinentur veniat prius, antequam transeat viam super personalibus et contra mandatores et fideiussores et sponsores[7]). Und da es offenbar nicht selten vorkam, daß ein Schuldner eine bereits in Form der hypotheca dem Gläubiger verpfändete Sache einem anderen zu Eigentum übertrug, bestimmte eben die Novelle, daß der Gläubiger sich erst bei dem Hauptschuldner oder Bürgen um Befriedigung bemühen mußte, ehe er mit der actio hypothecaria die Sache vom Dritten herausverlangen konnte. Obwohl diese Bestimmung nicht nur als Schutzvorschrift des Verpfänders betrachtet werden kann, — denn die Anspruchnahme der persönlichen Schuldner lag wegen der Schwierigkeiten des Pfandverkaufs auch im Interesse des Gläubigers[8]) —, schließt man allgemein daraus, daß der Bürge im Falle seiner Zahlung an den Gläubiger keinen Ersatz vom Verpfänder erlangen konnte, daß aber dagegen der Verpfänder im Falle seiner Zahlung auf den Bürgen zurückgreifen durfte[9]). Denn man sprach dem Pfandbesitzer auch

---

7) Der Ausdruck res debitorum quae ab aliis detinentur erklärt sich aus der dem römischen Recht eignen Pfandbestellung, für die man zwei Formen kannte:
1. das Faustpfand mit Besitzübertragung,
2. das Pfandrecht ohne Bistzübertragung (hypotheca).

8) Worauf Vetter, S. 14 unter Berufung auf Bartolus und Dynus hinweist.

9) Koban, a. a. O., S. 137; Dernburg, Pfandrecht II, S. 367; Strohal, DJZ 1903, S. 375.

das beneficium actionum cedendarum mit der Wirkung zu, daß auf ihn im Falle seiner Zahlung die Nebenrechte übergingen.

Und zwar folgerte man dieses Ergebnis aus l 19, D 20, 4 [10]) in Verbindung mit analoger Anwendung der Stelle l 17 D 46, 1 [11]).

Man kann aber die Novelle IV cap. 2 ihrem Wortsinn entsprechend nur auf solche Pfandsachen beziehen, die im Besitze Dritter sind, und man muß darum das Recht des Bürgen, auf solche Pfandsachen zurückzugreifen, die im Besitz des Gläubigers oder des Schuldners sind, auch für den nach Erlaß der Novelle IV geltenden Rechtszustand anerkennen[12]). Es bleibt nur die Feststellung zu treffen, daß das römische Recht bei der Abwägung der Interessen des Bürgen und Drittpfandbesitzers das Interesse des ersteren zugunsten des letzteren ignoriert.

Aus der Novelle IV hat man geschlossen, daß der Bürge dem Gläubiger gegenüber für den Fall, daß diesem von einem Dritten ein besitzloses Pfand bestellt worden ist, nicht das beneficium ordinis des cap. 1 hat. Denn die Novelle spricht ja nur von res debitorum. Der Bürge konnte demnach auch nicht im Falle seiner Zahlung an den Gläubiger das Pfandrecht geltend machen, vgl. Hasenbalg, S. 576 und Strohal, S. 65. Daß sich aber daraus zwingend ergibt, daß der Drittverpfänder auf den Bürgen zurückgreifen kann, ist sehr zweifelhaft, weil kein Schutzbedürfnis des Drittverpfänders der eigenen Sache erkenntlich ist, und nicht der Grund dafür eingesehen werden kann, daß die Verkehrssicherheit eine andere rechtliche Behandlung des vom Dritten bestellten Pfandes als des vom

---

10) Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum et testamento maritum et liberos ex eo natos item ex alio heredes instituit: creditor cum posset heredes convenire idoneos ad fundum venit; quaero, an, si ei iustus possesor offerat, compellendus sit ius nominis cedere, respondi posse videri non iniustum postulare.

11) Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.

12) Nur so lassen sich die im Schrifttum widersprechenden Auffassungen über cap. 1 und cap. 2 vermeiden. Vetter z. B. folgert auf S. 13 und 33 aus dem in cap. 1 normierten beneficium excussionis des Bürgen im Anschluß an Bartolus, daß der Gläubiger im Falle eines für die Forderung bestellten Pfandes sich grundsätzlich erst aus diesem befriedigen müsse; ihm folgt Muermann. Dieser Widerspruch kann allein so geklärt werden, daß man cap. 1 nur auf solche Pfandsachen bezieht, die nicht sind res debitorum quae ab aliis detinentur, sondern im Besitz des Gläubigers oder Schuldners sind. In diesem Sinne halten sich auch die Ausführungen Hasenbalgs, S. 568 ff.

Schuldner bestellten (das sich noch im Besitz des Schuldners befindet) erfordert[13]). Die Entwicklung läßt sich also von unserem Standpunkt so charakterisieren: Von der lex Apuleia ab begann das Bestreben, das Vermögen des Bürgen so wenig wie möglich Schaden nehmen zu lassen. In der lex Furia erreicht diese Tendenz ihren Höhepunkt, indem sie aber die wirtschaftliche Aufgabe des Institutes der Bürgschaft völlig verkennt und ihm selber das Grab gräbt. Von jetzt ab kannte das Recht nur das Ziel, die Stärkung der Position des Bürgen nicht auf Kosten berechtigter Interessen des Gläubigers vorzunehmen. Man beachte, daß es dem Gesetzgeber allein darauf ankommt, die Beziehungen des Bürgen zu dem Vermögen des Gläubigers und Schuldners festzulegen. Diese Ansicht kommt besonders scharf in Novelle IV cap. 2 zum Ausdruck. Es läßt sich keine Norm für das Recht des Bürgen finden, aus einem anderen Vermögenskreis Ersatz zu verlangen, es sei denn, daß Mitbürgen vorhanden sind, die zu einem entsprechenden Anteil mitverpflichtet sind. Wir müssen feststellen, daß das römische Recht die Frage des Ausgleichs zwischen Drittverpfänder und Bürgen nicht berührt.

§ 3.

Die Stellung des Allgemeinen Landrechts.

Der Standpunkt des ALR zu dieser Frage wird — wenn überhaupt — dann sehr kursorisch und darum wenig genau dargestellt. Tasse weiß nur folgendes zu berichten, S. 45 ff.: Im preußischen Recht war der Pfandgläubiger nach § 37, I 20 ALR verpflichtet, dem befriedigenden Bürgen das Pfandrecht abzutreten[14]). Der Bürge konnte also gegen den Drittverpfänder Rückgriff nehmen. Nach den §§ 331, 332, I 14 ALR ging der Gläubiger seines Rechts gegen

13) Anders Strohal in Jher. Jb. 61/66; er ging davon aus, daß im römischen Recht der Drittverpfänder im Falle seiner Zahlung an den Gläubiger vom Bürgen Ersatz verlangen kann. Und er glaubt die Bedeutungslosigkeit des römischen Standpunktes für unser Recht erst durch den Hinweis klarlegen zu können, daß unser Gesetz das Publizitätsprinzip im Pfandrecht zur Geltung gebracht habe und darüber hinaus gestatte, eine mit einem Pfandrecht belastete Sache im guten Glauben an das Fehlen des Pfandes lastenfrei zu Eigentum zu erwerben.

14) Dieser Auffassung ist auch Strohal, Jher. Jb. 61/80.

den Bürger verlustig, wenn er seine Sicherheit ohne Genehmigung des Bürgen aufgab. Und Wandel stellt auf S. 12 seiner Dissertation resignierend fest, „daß das Resultat zu dem wir unter der Voraussetzung des Vorhandenseins von Bürgen und Verpfänder kommen, ist, daß der letztere die Schuld mit seinem Pfand trägt, ohne irgendetwas auf den Bürgen abwälzen zu können, da das ALR weder das beneficium excussionis personalis des Pfandschuldners kennt, noch eine andere Bestimmung an die Hand gibt, auf Grund deren die Rechte gegen den Hauptschuldner und Nebenschuldner oder Bürgen auf den zahlenden Verpfänder übergehen".

So eindeutig, wie es hier dargestellt wird, hat sich aber das ALR nicht zugunsten des Bürgen entschieden. Einige Gesetzesstellen scheinen zwar für eine solche klare Auffassung zu sprechen, wie z. B. der § 338, I[15]) 14 in Verbindung mit § 37, I 20[16]). Daß aber der Bürge eine solch bevorzugte Stellung auch dem Drittverpfänder gegenüber hat, kann fraglich sein. Zweifel hieran setzen ein beim Studium des § 331, I 14. Dieser lautet: Auch kann der Gläubiger, während der Bürgschaft der ihm, noch außer selbiger, von dem Hauptschuldner bestellten Sicherheit, ohne Genehmigung des Bürgen sich nicht begeben.

Diese Vorschrift handelt also von einer vom Hauptschuldner bestellten Sicherheit. Bei formallogischer Deduktion müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß der Gläubiger das von einem Dritten bestellte Pfand aufgeben könnte, ohne sein Recht gegen den Bürgen einzubüßen. Denn ein Pfandrecht kann ja nur von demjenigen bestellt werden, der über die Sache zu verfügen berechtigt ist. Siehe § 15 I 20.

Die Zweifel finden weitere Nahrung, wenn man die Rechtsbeziehungen vom Verpfänder und Bürgen für den Fall untersucht, daß der Verpfänder den Gläubiger befriedigt. Nach § 46 I 16[17])

---

15) Der Bürger tritt, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, in alle Rechte desselben gegen den Hauptschuldner, ohne daß es dazu einer ausdrücklichen Zession bedarf.

16) Der Pfandgläubiger ist schuldig, einen jeden, der ein dingliches Recht auf die Sache, in gleichen dem, welcher für die Schuld Bürgschaft geleistet hat, gegen eine solche vollständige Befriedigung sein Pfandrecht abzutreten.

17) Ueberhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner, auch ohne ausdrückliche Zession, in d. Rechte d. bezahlten Gläubigers.

tritt der Verpfänder in die Rechte des bezahlten Gläubigers gegen den Schuldner ein. Und da der Gläubiger verpflichtet ist[18]), die Zahlung des Verpfänders anzunehmen, so gehen auf den letzteren auch die Rechte des Gläubigers gegen einen dritten Schuldner, z. B. den Bürgen über, § 50 I 16[19]). Diese Auslegung wird bestätigt durch die Ausführung von Eccius, preußisches Privatrecht, S. 636 b. „Die Cession vollzieht sich ohne darauf zielende Erklärung des Zedenten auf Grund des Gesetzes (ipso iure). Das ALR hat allgemein für den Fall einer Zahlung durch einen anderen als den Schuldner den Satz ausgesprochen: „Ueberhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner auch ohne ausdrückliche Zession in die Rechte des bezahlten Gläubigers". Das ALR hält aber diesen Standpunkt bei der Zahlung eines ganz außerhalb der Verbindlichkeit stehenden Dritten nicht folgerichtig fest, indem es mit der Forderung nicht die besonderen Vorrechte und Sicherheiten übergehen läßt[20]); sollen auch diese übergehen, so wird eine ausdrückliche Zession verlangt. Ist der Zahlende aber ein Bürge für die gezahlte Schuld oder ist er Eigentümer des dafür haftenden Pfandes, so begründet die Zahlung für den Zahlenden ohne Zessionserklärung alle Rechte des bezahlten Gläubigers".

Man kann nicht behaupten, daß aus den genannten Bestimmungen ein klarer jeglichen Zweifel ausschließender Wille des Gesetzes zu entnehmen ist. Diese Unklarheit wird auch nicht durch den § 292 I 14 behoben, der lautet: Ist aber die Schuld, für welche die Bürgschaft geleistet worden, eine Realschuld, so muß der Gläubiger erst alle gesetzlichen Grade der Realexekution durchgehen, ehe er den Bürgen belangen kann.

Es ist zuzugeben, daß aus dieser Vorschrift gefolgert werden könnte, das Gesetz wolle offenbar das Vermögen des Bürgen erst in letzter Linie haften lassen, d. h. wenn irgend möglich, die Haftung des Bürgen ausschließen. Dieser Wille des Gesetzes bedeute

---

18) Was aus § 37 I 20 zu schließen ist.

19) Soweit d. Gläubiger der gleichen Zahlung von einem Dritten anzunehmen schuldig ist, soweit ist er auch demselben seine Rechte an den Schuldner abzutreten verpflichtet.

20) § 47 I 16. Insofern aber der bezahlten Forderung nach ihrer Qualität gewisse Vorrechte beiwohnen, kann der Zahlende sich dieser Vorrechte gegen einen Dritten, ohne ausdrückliche Zession, in der Regel, und wenn nicht bes. Gesetze ein anderes vorschreiben, nicht bedienen.

demnach auf das Verhältnis des Bürgen zum Verpfänder bezogen, daß letzterer am Ende die Last tragen müsse. Diesem klaren Sinn der genannten Vorschrift müsse man sogar dann Rechnung tragen, wenn der Bürge selbstschuldnerisch hafte, denn der selbstschuldnerischen Haftung des Bürgen sei ja nur im Verhältnis zum Gläubiger Bedeutung beizumessen[21]), wie sich aus § 297 I 14 ergibt. Dieser Auslegung liegt offenbar die Verweisung Strohals auf § 292 I 14 ALR in Jher. 61/67 Anm. 17 und die Ausführung Wandels auf S. 12 zugrunde. Wandel behauptet: Vielmehr läßt das ALR bei dinglich versicherten Forderungen die Klage gegen den Bürgen erst stattfinden nach der vergeblich gebliebenen Verwirklichung des Pfandrechts. Aber diese Beweisführung unterliegt erheblichen Bedenken, wenn man ihre Richtigkeit auch für das Verhältnis Drittverpfänder — Bürgen behauptet.

§ 292 I 14 spricht von einer Realschuld und meint wohl damit eine durch Pfand gesicherte Schuld. Es ist aber nicht gesagt, ob diese Vorschrift nur das vom Schuldner oder auch das von einem Dritten bestellte Pfand meint. Nun könnte man versucht sein, nach § 49 I 20[22]) im letzten Sinne auszulegen. Aber abgesehen davon, daß § 49 I 20 bestimmt nicht im Hinblick auf ein Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfand gefaßt worden ist, hat das Gesetz selber der Auslegung des § 292 I 14 den Weg gewiesen, indem es nämlich im § 295 I 14 ausführt: Wenngleich der Realgläubiger aus dem Unterpfande nicht befriedigt werden kann, so ist er dennoch die Exekution in das übrige Vermögen des Hauptschuldners vor Belang des Bürgen nachzusuchen verpflichtet.

Wenn es also heißt, der Gläubiger müsse im Falle des mangelhaften Wertes des Unterpfandes sich an das übrige Vermögen des Schuldners halten, dann gebietet logisches Denken den Schluß, das Unterpfand müsse auch zu dem Vermögen des Schuldners gehören, d. h. m. a. W. von ihm bestellt sein. Damit ist genügend dargetan, daß § 292 I 14 zur Lösung der Frage nach den Rechts-

---

21) Der Gläubiger kann, mit gänzlicher Uebergehung des Hauptschuldners, sich sofort an den Bürgen halten, wenn sich dieser ausdrücklich als Selbstschuldner verpflichtet.

22) Das Recht des Gläubigers, sich zuerst an das Pfand zu halten, findet statt, ohne Unterschied, ob dasselbe von dem Schuldner oder einem Dritten bestellt wurde.

beziehungen vom Bürgen zum Drittverpfänder nicht herangezogen werden kann. Das Rechtsverhältnis dieser Personen zueinander bleibt problematisch im Hinblick auf §§ 338 I 14, 50 I 16, 37 I 20 (woraus sich der Uebergang aller Rechte auf den zahlenden Bürgen zu ergeben scheint) und auf §§ 46 I 16, 50 I 16 (woraus sich wiederum der Uebergang aller Rechte auf den zahlenden Verpfänder ergibt).

Diese Zweifel sollen nicht entschieden werden; denn das ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. Es sollte nur darauf hingewiesen werden, daß gerade wegen dieser Zweifelhaftigkeit das Allgemeine Landrecht als Anhaltspunkt und Wegweiser für die Entscheidung der Frage nach geltendem Recht nicht verwandt werden kann.

§ 4.

Die Stellung des schweizerischen Rechts.

Dasselbe läßt sich von dem modernen Recht einiger anderer Staaten sagen, obwohl diese gerade von anderer Seite[23]) als Kronzeugen für eine den Bürgen bevorzugende Rechtsauffassung genannt worden sind.

In Bezug auf das schweizer. Obligationenrecht vom Jahre 1881 sollte der Hinweis auf die §§ 504, 508, 507 jene Auffassung stützen.

§ 504 Satz 1 lautet: Auf den Bürgen gehen in demselben Maße, als er den Gläubiger befriedigt hat, die Rechte desselben über.

§ 507 lautet: Der Gläubiger hat den Bürgen, welcher ihn befriedigt, die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden und die bei ihm hinterlegten Pfänder herauszugeben.

§ 508 lautet: Der Gläubiger ist dem Bürgen dafür verantwortlich, daß er nicht zu dessen Nachteile die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptschuldner nachträglich erlegten anderweitigen Sicherheiten vermindere.

Es ist aber irreführend, aus diesen Bestimmungen endgültig auf einen den Drittverpfänder benachteiligenden Gesetzeswillen zu schließen; denn die §§ 126, 190 des Gesetzes geben in gleicher Weise zu Zweifeln Anlaß wie § 1225 BGB des deutschen Rechts.

---

23) So Tasse, S. 49 und Muermann, S. 43.

§ 126 lautet: Soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, gehen die Rechte desselben von Gesetzes wegen auf ihn über, 1. wenn er ein Pfand einlöst, welches er für eine fremde Schuld bestellt hat usw....

§ 190 lautet: Mit der Forderung gehen die auf sie bezüglichen Vorzugs- und Nebenrechte über. Auch das Obligationenrecht vom Jahre 1911 bringt keine Lösung dieser Zweifel. Die Art. 505, 508, 509 sind inhaltsgleich mit den §§ 504, 507, 508 des Obligationenrechts von 1881. Und die Art. 110, 170 entsprechen den §§ 126, 190 des Obligationsrechts von 1881. Nach dem Wortlaut des Gesetzes also kann der Drittverpfänder die ihm ungünstige Regelung dadurch umgehen, daß er den Gläubiger befriedigt. Man kann mithin nicht davon reden, daß das Problem des Ausgleichs zwischen Bürgen und Drittverpfänder nach schweizerischem Recht bereits im Gesetz zweifelsfrei seine Lösung gefunden hat.

§ 5.

Stellung des österreichischen Rechts.

Die entscheidenden Gesetzesstellen, die über die Entscheidung unserer Frage Aufschluß geben sollen, sind die §§ 358, 1360 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Diese §§ lauten: 1358: Wer die Schuld eines andern bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherstellungsmittel auszuliefern.

§ 1360: Wenn dem Gläubiger vor oder bei Leistung der Bürgschaft noch außer derselben von dem Hauptschuldner oder einem Dritten ein Pfand gegeben, so steht ihm zwar noch immer frei, den Bürgen der Ordnung (§ 1325) nach zu (belangen, aber er ist nicht befugt, zu dessen Nachteil sich des Pfandes zu begeben.

Aus diesen Bestimmungen hat Koban S. 206 ff. a. a. O. den Schluß gezogen, daß im Verhältnis von Bürge zu Drittverpfänder der letztere die Last der Sicherung zu tragen hat. Dieser Auffassung hat sich Krainz in seinem Kommentar zum ABGB angeschlossen.

Bei richtiger Ueberlegung kann diesen Schriftstellern nur das Argument zugesprochen werden, daß das Gesetz die cessio legis für alle Sicherungsformen in aufeinanderfolgenden Normen geregelt hat. Wenn man aber von dieser Folge absieht, kann man nicht umhin, den in § 1358 festgesetzten Uebergang der Nebenrechte auf die Person des an den Gläubiger zahlenden auch auf den befriedigenden Drittverpfänder zu beziehen.

C. Das geltende deutsche Recht in seiner Stellung zu dem Problem des Ausgleichs zwischen Bürgen und Drittverpfänder.

§ 6.

Die Ausgleichspflicht unter Mitbürgen.

Da das deutsche Recht das Zusammentreffen des Bürgen mit einem Drittverpfänder in Bezug auf die internen Rechtsbeziehungen nicht ausdrücklich geklärt hat, muß man notwendigerweise von den Fällen ausgehen, die eine ähnliche Konkurrenz von Sicherungen aufweisen und im Gesetz geregelt sind. Solche Fälle treten uns in der Sicherung durch mehrere Bürgen oder mehrere Verpfänder entgegen. Damit ist zugleich die Gliederung der folgenden Ausführungen gegeben. Es ist in der weiteren Behandlung Drittverpfänder = Eigentümer gesetzt, was sich im Hinblick auf die §§ 1249, 1150 BGB rechtfertigen läßt.

Die Beziehungen mehrerer Bürgen zueinander werden vom § 769 BGB gekennzeichnet: Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen. Das Gesetz hat damit in eindeutiger Form seine Auffassung zum Ausdruck gebracht. In diese Klarheit trägt es allerdings dann durch die Verweisung in § 774 BGB[24]) auf § 426 BGB Unsicherheit hinein. Die Versuche, die Bedeutung dieser Verweisung zu ergründen, haben dann auch im Schrifttum zu widersprechenden Auslegungen geführt.

Eine besondere, in ihrer Originalität alleinstehende Auffassung wird von Kremer (die Mitbürgschaft) vertreten, die seinerzeit große Beachtung fand. Seine Meinung ist, daß der zahlende Mitbürge auf Grund der mit dem Forderungsübergang nach § 774 I notwendigerweise verbundenen Zession der vollen Bürgschaftsforderung

---

24) § 774 BGB: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Der Uebergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.
Mitbürgen haften einander nur nach § 426.

gegen seinen Mitbürgen vorgehen könne. Er geht davon aus, daß § 769 allein das Außenverhältnis der Mitbürgen zum Gläubiger betreffe, und aus dieser Vorschrift kein Schluß auf die interne Ausgleichung zu ziehen sei. Erst durch die Verweisung in § 774 auf § 426 sei es möglich geworden, den Ausgleich nach gesamtschuldnerischen Grundsätzen zu bewirken. „Es dürfe aber nicht ohne weitere Prüfung angenommen werden, daß, wie die praktische Regelung — die vom Gesetz übereinstimmend gestaltet sei — so auch die theoretische Konstruktion des Regreßverhältnisses für die Mitbürgen genau mit der für die Gesamtschuldner übereinstimmen müßte"[25]). Da für das Gesamtschuldverhältnis der Forderungsübergang nach § 426 II BGB immer nur zu einem Teil stattfindet, könne eine solche Regelung bei der Mitbürgschaft nicht richtig sein. „Der zahlende Bürge tritt gewöhnlich nicht als Gesamtschuldner der Mitbürgen, nicht nach Maßgabe der vom BGB neu getroffenen Bestimmung des § 426 in die Forderungen des Gläubigers gegen die Mitbürgen ein; sondern der Eintritt vollzieht sich vielmehr als notwendige Folge seiner Subrogation in die Forderung gegen den Hauptschuldner. Mit der Hauptforderung müssen nach § 401 BGB, der ja nach § 412 BGB auch auf Fälle gesetzlicher Uebertragung Anwendung findet, alle Nebenrechte schon dem Begriffe nach übergehen und zwar ausnahmslos und ohne Einschränkung. Es wäre auffallend, wenn dieser regelmäßig stattfindende Uebergang der Nebenrechte, um dessentwillen doch gerade die Bestimmung des § 774 I BGB getroffen ist, hier ausnahmsweise eingeschränkt sein sollte. Es ist mit dem Bürgschaftsbegriff kaum vereinbar, daß die Bürgschaftsschuld infolge von Zahlung teilweise übergehen soll, während daneben die Hauptschuld in ihrem ganzen Umfang ohne Hemmung ihrer Wirksamkeit fortbesteht". Diese Ausführungen macht Kremer auf S. 202 der angegebenen Abhandlung. Kremer leugnet also vor allem einen Zusammenhang der §§ 774 und 426 II. Der nach seiner Meinung nach Abs. I § 774 in vollem Umfang stattfindende Uebergang der Nebenrechte würde sich allerdings nicht praktisch auswirken, da die Mitbürgen nach Abs. II des § 774 ent-

25) Diese irrige Meinung, daß es praktisch ohne Bedeutung sei, ob der Ausgleich über § 426 II direkt oder über § 774 BGB konstruiert würde, kehrt im gesamten Schrifttum immer wieder.

gegenhalten könnten, sie haften dem zahlenden Bürgen nur auf ihren Anteil. Mit denselben allgemeinen Redewendungen, mit denen Kremer eine wissenschaftliche Begründung seiner Behauptung ersetzen zu können glaubt, hat das Schrifttum sein Ergebnis zurückgewiesen. Die Erwiderungen haben alle den Inhalt jener stereotypen Formel: es ist nicht einzusehen, warum nicht... So z. B. Oertmann in seinem Kommentar zu § 774 II BGB.

Ein wirklich begründetes Argument brachte allein Bendix mit dem Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 774. Der dem § 426 BGB entsprechende § 337 des Entwurfs hatte folgenden Wortlaut:

> Soweit nicht aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes sich ergibt, gelten im Verhältnis zueinander die Gesamtgläubiger als zu gleichen Anteilen berechtigt, die Gesamtschuldner als zu gleichen Anteilen verpflichtet.
>
> Ein Gesamtschuldner, welcher mehr als seinen Anteil geleistet hat, kann insoweit, als er Ersatz von den übrigen Gesamtschuldnern zu verlangen berechtigt ist, auch die Rechte des Gläubigers geltend machen. Zum Nachteile des Gläubigers kann der Uebergang nicht geltend gemacht werden. Kann von einem Gesamtschuldner der ihm obliegende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Gesamtschuldnern nach Maßgabe dieser Verpflichtung zu tragen.

Der § 676 I des Entwurfs, der in das geltende Recht als § 774 übergegangen ist, lautete:

> Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, wird auf ihn dessen Forderung gegen den Hauptschuldner kraft des Gesetzes übertragen; die mit der Forderung verbundenen, in der Haftung von Mitbürgen bestehenden Nebenrechte gehen jedoch nur nach Maßgabe des § 337 II und III auf den Bürgen über. Zum Nachteile des Gläubigers kann der Uebergang nicht geltend gemacht werden.

In der Kommission wurde dann folgende Aenderung des § 676 I vorgenommen:

> Mitbürgen haften dem Bürgen, welcher den Gläubiger befriedigt hat, nach Maßgabe des § 337.

Wie aus Mugdan Materialien Bd. 2, S. 1027 hervorgeht, war mit dieser Formulierung keine Rechtsänderung bezweckt. Denn die Anwendbarkeit des § 337 I hätte sich im Entwurf aus § 673 von selber ergeben. Hierdurch wird nach einhelliger Meinung die Behauptung Kremers, daß der jetzige Abs. II des § 774 nur mit dem Abs. I des § 426 und nicht mit Abs. II des § 426 in Beziehung stände, widerlegt.

In der übrigen Literatur findet sich die Auffassung, daß die Verweisung in Abs. II § 774 BGB überflüssig sei. Ganz klar und konsequent formuliert das Planck-Brodmann zu § 1225 II: § 774 II BGB hat nur negative Bedeutung. Wenn im Verhältnis der mehreren Bürgen diese einander nach Kopfteilen ausgleichspflichtig sind, und hieran auch der Uebergang der Forderung des Gläubigers auf den die Hauptschuld tilgenden Mitbürgen nichts ändert, so wird das nicht etwa in § 774 II vorgeschrieben, sondern es ergibt sich aus § 769 BGB und dem nach § 769 anwendbaren § 426. Abs. II § 774 besagt nur, daß hieran durch den Abs. I § 774 nichts geändert werden soll. Abs. II bestimmt nicht etwa, daß die Mitbürgen nach § 426 einander haften, sondern er betont, daß sie nur nach § 769 haften. Inhaltlich zu dem gleichen Ergebnis gelangt Tacken, S. 37 a. a. O.: Der Abs. II bedeutet eine Einschränkung des Abs. I in dem Sinne, daß er dessen Anwendbarkeit auf das Mitbürgenverhältnis völlig ausschließt. Denn die Mitbürgen sollen einander ja n u r nach § 426 haften, d. h., ihre gegenseitigen Rechtsbeziehungen sollen ausschließlich nach § 426 sich regeln[26]).

Diese beiden Verfasser sind die einzigen, deren Meinung in sich widerspruchslos ist, was man von anderen nicht behaupten kann. So bemerkt z. B. der Reichsgerichtsrätekommentar zu § 774, 5 folgendes: Die Verweisung in Abs. II § 774 wäre an sich überflüssig; ihr Schwerpunkt beruht in dem Wörtchen nur. Der in Abs. I bestimmte Forderungsübergang erfolgt nur für den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat. Er hat an sich auch den Uebergang der Ansprüche aus den für die Forderung bestellten weiteren Bürgschaften zu Folge. Dieser Uebergang der Rechte gegen die anderen Bürgen wird im Abs. II in seinem Umfang beschränkt. Damit soll

26) Diesem Standpunkt schließt sich Tasse an, auf S. 19.

nach Abs. I gesagt werden, daß die Forderung des Gläubigers gegen den Bürgen nur insoweit übergeht, als er von den übrigen Mitbürgen Ausgleichung verlangen kann[27]).

Die obige Auffassung wird zum Teil mit einer geringen Modifikation vertreten. Die Verweisung wolle nur die sich bereits aus § 769 ergebende Anwendbarkeit durch § 426 II außerhalb jeden Zweifels stellen, der vielleicht darum aufkommen könnte, weil der totale Forderungsübergang des § 774 I dem Prinzip des § 426 II widerspreche.

Die Kritik an diesen Meinungen muß vor allem den Vorwurf voranstellen, daß nicht der gewaltige Unterschied erkannt worden ist, der zwischen einem Uebergang des Nebenrechts Bürgschaft nach § 426 II BGB und einem solchen nach § 774 besteht[28]). Der Unterschied soll an einem Beispiel gezeigt werden. Der Gläubiger G hat eine Forderung von tausend Mark gegen den Schuldner S, für die sich B 1 und B 2 verbürgt haben. B 1 befriedigt den Gläubiger. Er erwirbt jetzt — nach § 426 II konstruiert — die Bürgschaftsforderung des Gläubigers G in Höhe von fünfhundert Mark. Zahlt jetzt B 2 auf Grund dieser Forderung an B 1 500 RM., erhebt sich die Frage, aus welchem Rechtsgrund B 2 sich bei dem Hauptschuldner S erholen kann. B 2 hat nur die Möglichkeit aus den besonderen zwischen ihm und dem Schuldner S bestehenden Rechtsbeziehungen gegen ihn vorzugehen, also aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Forderung des Gläubigers G gegen den Schuldner S, die B 1 durch die Zahlung an G nach § 774 I erworben hat, geht auf B 2 mit der Erfüllung des von B 1 geltend gemachten Ausgleichsanspruchs nicht über[29]). Hätte der Hauptschuldner dem Gläubiger ein Pfand bestellt, würde B 2 sich nicht aus dem Pfande befriedigen können.

---

27) Diese Auffassung wird im Schrifttum sehr stark vertreten. Sternberg, S. 546 in Gruch. Bd. 52; Braun-Melchior, S. 189 in Arch. f. zivil. Praxis Bd. 132; Bendix, S. 92 in Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 25; Muermann, S. 29 der angegeb. Diss.

28) Außer Tacken, S. 39, dessen Hinweis unverständlicherweise von dem Schrifttum nicht aufgenommen und verarbeitet worden ist.

29) And. An. Tacken, S. 41 ff. „Es findet § 774 I entsprechende Anwendung, so daß der Regreßanspruch des zahlenden Bürgen auf den seinen Teil leistenden Mitbürgen übergeht." Er folgert das aus der akzessorischen Natur des Ausgleichsanspruchs. Dieser Schluß ist unrichtig. Denn aus der akzessor. Natur d. Bürgschaft allein würde sich ein Uebergang d. Forde-

Die Regelung, die in § 774 I getroffen ist, würde zu einem anderen Ergebnis führen. Der zahlende Bürge erwirbt die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und damit nach §§ 412, 401 in voller Höhe die Bürgschaftsforderung gegen den anderen Mitbürgen B 2. Wenn jetzt B 1 diese Bürgschaftsforderung gegen B 2 geltend macht, und dieser die ganze Forderung begleicht, ist seine Rechtsstellung in einer Beziehung günstiger. Wegen des Eintritts des B 1 in die Rechte des Gläubigers muß die Rechtslage so angesehen werden, als ob B 2 selber von dem Gläubiger in Anspruch genommen worden wäre. Er hätte jetzt die Möglichkeit gegen den Hauptschuldner S mit der Forderung des Gläubigers vorzugehen, und wäre nicht auf einen Anspruch aus § 670 BGB oder § 683 BGB beschränkt. Die für die Forderung vom Hauptschuldner bestellten Sicherheiten würden auch mit übergehen. Dieses Ergebnis unterscheidet sich von dem vorigen in zweifacher Hinsicht.

1. Der Mitbürge B 2 wird vom zahlenden Bürgen B 1 in voller Höhe in Anspruch genommen.

2. Der Mitbürge B 2 erwirbt dafür die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner. Wenn man diese Unterschiedlichkeit erkannt hat, muß man zu dem Schluß kommen, daß die von B 1 nach § 426 II BGB erworbene Bürgschaftsforderung nicht allein der Höhe nach von der nach § 774 I erworbenen abweicht, sondern daß sie überhaupt von ganz anderer juristischer Struktur ist. Darum muß man bei der Auslegung der in Abs. II § 774 enthaltenen Verweisung besonders vorsichtig sein. Die Behauptung ist jedenfalls auf alle Fälle verfehlt, die Verweisung sei überflüssig. Sie wäre es, wenn die nach Abs. I § 774 übertragene Bürgschaftsforderung sich nur durch den Umfang von der nach § 426 II übertragenen unterschied. Dann bestände allerdings die Auffassung zu Recht, daß der nach § 774 I, §§ 412, 401 in vollem Umfang stattfindende Uebergang der Bürgschaftsforderung sich bei vernünftiger Auslegung auf die Quote reduzieren würde, die dem Forderungsübergang nach § 426 II entspräche. Bei dem aufgezeigten Wesensunterschied der Forderung

---

rung d. Gläubigers gegen d. Schuldner auf den zahlend. Bürgen nicht herleiten lassen, wenn nicht dieser Uebergang ausdrückl. durch § 774 I festgestellt worden wäre. Also hätte in § 426 ein solcher gesetzlicher Forderungsübergang erwähnt werden müssen.

mußte eine solche Schlußfolgerung für bedenklich gehalten werden, und man hätte sehr zweifeln können, ob der Uebergang der Forderung gegen den Mitbürgen wegen der in § 769 getroffenen Regelung aus § 426 II zu entnehmen sei oder aus § 774 I. Denn die eine Subrogation schließt notwendigerweise die andere aus. Es war daher dringend notwendig, daß der Gesetzgeber einen Hinweis mit der Verweisung im Abs. II § 774 traf. Aber die Auslegung, die Planck-Brodmann anregt, muß abgelehnt werden; denn sie würde gerade zu Folgen führen, die mit den Grundsätzen des Bürgschaftsrechts nicht vereinbar sind.

Daß es nicht günstig für den Bürgen ist, auf das Innenverhältnis den Ersatzanspruch stützen zu müssen, ergibt sich schon daraus, daß er die Beweislast für die Begründetheit des Anspruchs trägt. Aus dieser Zwangslage sollte ja gerade der Bürge befreit werden, indem das Gesetz ihm den Eintritt in die Rechte des Gläubigers im Falle seiner Zahlung an denselben gewährt. Man würde demnach den Sinn des Gesetzes durchkreuzen, wollte man den Erwerb des Gläubigerrechts gegen den Hauptschuldner allein in der Person des an den Gläubiger zahlenden Bürgen eintreten lassen. Außerdem müßte eine solche Rechtsauffassung den einen Mitbürgen anspornen, mit der Zahlung an den Gläubiger den anderen Mitbürgen zuvorzukommen. Schließlich würde diese Konstruktion zu folgenden Unterschieden führen: 1. Zahlen alle Mitbürgen gleichzeitig an den Gläubiger, dann erwerben sie alle in Höhe ihrer Zahlung den Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner.

2. Zahlen sie aber ihre Beträge an den Mitbürgen, der bereits an den Gläubiger geleistet hat, und erfüllen sie auf diese Art den Gesellschaftszweck, die wirtschaftliche Last auf alle Mitglieder gleichmäßig zu verteilen, dann sind sie nur auf den Anspruch aus dem Innenverhältnis gegen den Schuldner angewiesen. Man wird sich vergebens bemühen, den inneren Grund dieses Unterschieds zu erforschen.

Die richtige Auffassung über die Verweisung kann nur die sein: der vom Gläubiger belangte Bürge hat gegen den Mitbürgen als Ausgleichsanspruch die mit dem Erwerb der Hauptforderung[30])

30) Die Hauptforderung erwirbt der zahlende Bürge in voller und nicht, wie Tasse, S. 17 fälschlich annimmt, in halber Höhe.

nach §§ 412, 401 erlangte Bürgschaftsforderung, die den Mitbürgen darum den Erwerb des Gläubigerrechts gegen den Hauptschuldner vermittelt. Allein die Höhe der Bürgschaftsforderung entspricht der ohne Vermittlung der Hauptforderung nach § 426 II erworbenen Bürgschaftsforderung. Dieses Ergebnis stimmt also mit dem der herrschenden Meinung — wenn auch unter anderer Begründung — überein. Wir müssen aber noch einen Schritt weitergehen und die Verweisung auf § 426 auch auf den Abs. I dieser Vorschrift beziehen. Denn nach § 779 können wir den Abs. I nicht anwenden, da ja gerade der interne Ausgleichungsanspruch gegen den Mitbürgen sich nur nach § 774 bestimmt und sich nicht aus den Gesamtschuldregeln ableiten läßt[31]).

§ 7.

Die Ausgleichspflicht unter mehreren Drittverpfändern.

Für die Rechtsbeziehungen unter Mitverpfändern ist der § 1225 ausschlaggebend.

Die Verweisung in § 1225 auf § 774 hat im Anschluß an Martinius DJZ 03/543 die einhellige Auslegung gefunden, daß sie sich auf das Verhältnis mehrerer Verpfänder untereinander bezieht, die für dieselbe Forderung Pfandrechte bestellt haben. Welcher Art aber der Einfluß dieser Verweisung sein soll, darüber herrscht lebhafter Streit. Es kann nicht wundernehmen, daß jede der verschiedenen Auffassungen die Fortsetzung der Meinung ist, die über die Verweisung in § 774 auf § 426 gebildet worden war.

Planck-Brodmann lehrt, daß die Verweisung für die Rechtsbeziehungen der Mitverpfänder untereinander völlig gegenstandslos sei. Es hätte einer Verweisung auf § 769 BGB bedurft, wenn man eine Regelung erzielen wollte, wie sie für die Mitbürgen von Gesetzes wegen bestimmt ist. Danach müsse die Entscheidung lauten, daß im Verhältnis der mehreren Verpfänder keine Ausgleichspflicht bestände, andererseits der Rückgriff des zahlenden auf die anderen Pfänder nicht ausgeschlossen sei.

---

31) Für dieses Ergebnis auch Schulz, a. a. O., S. 44, 45, 68, 70. Emmerich, a. a. O., Anm. 562.

Dieselben Gründe, die eingangs gegen eine entsprechende Auffassung für den Ausgleich unter Bürgen und Drittverpfänder genannt worden sind, hindern auch eine Anerkennung dieses Standpunkts. Brodmann selber meint, dieses Ergebnis entspreche völlig dem Willen der Verpfänder; denn sie hätten von vornherein damit gerechnet, daß ihre Sache in Anspruch genommen werde, da sie über ihr Eigentum bereits rechtlich verfügten.

Schlieven als Bearbeiter des Pfandrechts im RGRK schließt aus der von Lobe zu § 774 gegebenen Auslegung, daß folgender Satz gelten müsse: Befriedigt ein Drittverpfänder den Pfandgläubiger, so geht das Pfandrecht an den von anderen Drittverpfändern verpfändeten Sachen auf den zahlenden Drittverpfänder nur insoweit über, als er von dem anderen Drittverpfänder Ausgleichung verlangen kann. Darüber, ob ein solcher Ausgleich geschieht, sagt weder § 1225 noch § 774 BGB etwas. Denn nicht aus § 774, sondern aus § 769 folgt die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Mitbürgen[32]). Man hat auch die Redaktionsgeschichte des § 1225 BGB herangezogen, um aus ihr Aufschluß zu erhalten. Der §§ 1164 des Entwurfs, der dem § 1225 entspricht, lautet:

> Soweit der Pfandgläubiger von dem für die Forderung nicht persönlich haftenden Eigentümer oder in Gemäßheit des § 1162 von einem Dritten befriedigt worden ist, finden die Vorschriften des § 676 entsprechende Anwendung.

§ 676 hatte zuerst nur auf § 337 Abs. II und III Bezug genommen; auf § 673, der mit § 769 BGB inhaltsgleich ist und auf § 337 I, der unserem § 426 BGB entspricht, war nicht hingewiesen.

Die zweite Lesung brachte aber eine Aenderung in der Formulierung. § 676 sollte auch auf § 337 I verweisen. Einen entsprechenden Wortlaut wies die dem § 676 entsprechende Vorschrift des § 713[33]) des Entwurfs zweiter Lesung auf, der den ganzen § 369[34])

---

32) In dem gl. Sinne entscheiden Sternberg, S. 549, 550; Strohal, Braun-Melchior, S. 162; Muermann, S. 36.

33) § 713 lautet: Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Zum Nachteil des Gläubigers kann der Uebergang nicht geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.

34) Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Kann von einem

nannte, welcher an die Stelle des § 337 trat. Eine entsprechende Umwandlung hat § 1164 erfahren und lautet nach der zweiten Lesung unter anderer Paragraphierung als § 1132 folgendermaßen:

> Ist der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 713 finden entsprechende Anwendung.

In dieser Redaktionsgeschichte hat Braun-Melchior, S. 195 eine Bestätigung dafür finden wollen, daß unter Mitverpfändern nur dann ein Ausgleich stattfindet, wenn es zwischen ihnen vereinbart ist. Er argumentiert so: Nach der 1. Lesung mußte die eben genannte Regel gelten, denn § 1164 verwies nicht auf § 337 I. Die Aenderungen der zweiten Lesung bedeuten aber keinen Wandel in der Rechtslage; denn die Protokolle bezeugen das. Mugdan Materialien zum BGB Bd. 2 S. 1027: Von lediglich redaktioneller Bedeutung war es auch, daß der Antrag, den § 337 ganz, der Entwurf dagegen nur den § 337 II und III für anwendbar erklärt, da sich die Anwendbarkeit des § 337 I auch im Entwurf aus § 673 von selbst ergibt.

Dieser Schluß ist absolut nicht zwingend. Man könnte mit demselben Recht umgekehrt folgern: Da bereits nach Aussage der Protokolle in der 1. Lesung die Bezugnahme des § 676 auf § 337 I gewissermaßen zwischen den Zeilen stand, erstreckt sich die Verweisung des § 1164 notwendigerweise auch auf § 337 I. Mit dieser Feststellung muß der Schluß Braun-Melchiors an Wert verlieren.

Biermann versuchte in der 1. und 2. Auflage seines Sachenrechtes, aus der Redaktionsgeschichte zu konstruieren, daß § 1225 sich überhaupt nur auf den Absatz I des § 774 bezöge. Darnach mußte man zu der Ansicht kommen, daß der zuerst zahlende Pfandbesteller sämtliche anderen Pfandrechte ihrem ganzen Umfange nach erwirbt und die ganze Last auf irgendein anderes Pfandrecht abwäl-

---

Gesamtschuldner der ihm obliegende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen.

Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat und Ausgleichung von den übrigen Schuldnern verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über. Zum Nachteile des Gläubigers kann der Uebergang nicht geltend gemacht werden.

zen konnte. Dieses Ergebnis stimmt also mit dem heute noch von Planck-Brodmann anerkannten völlig überein. Biermann gab aber schon in der 3. Auflage diesen Standpunkt auf und stellte die beiden anderen Auslegungsmöglichkeiten zur Wahl, hält aber das für das richtige Ergebnis, dem sich dereinst das Reichsgericht anschließen will.

Wir müssen natürlich konsequent bleiben. Wenn wir sagen, daß der Ausgleich unter den Mitbürgen sich allein aus § 774 BGB und nicht aus den §§ 769, 426 I ergibt, dann müssen wir für das Verhältnis von Mitverpfändern den Satz aufstellen, daß sie grundsätzlich ausgleichspflichtig sind, es sei denn, daß durch Gesetz oder Vereinbarung etwas anderes bestimmt ist[35]).

Diesem Ergebnis wird von der anderen Richtung entgegengehalten, daß eine gerechte Lastenverteilung bei Pfändern von verschiedenen Werten kaum durchführbar sei; die Schwierigkeit müßten selbst die Anhänger einer solchen Verteilung zugeben, weil sie sich über die Ausführung nicht einigen könnten. Was die Uneinigkeit bei den Vertretern unserer Meinung betrifft, so ist dazu zu sagen, daß man im Gegenteil eine stark geschlossene Front vorfindet, der nur ein Außenseiter gegenübersteht; und dieser ist Martinius, der in der DJZ 1903 S. 543 ein der Mitbürgschaft entsprechendes Verhältnis in Höhe des Wertes der minder wertvollen Pfandsache konstruiert. Hat jemand also für eine Forderung von zweitausend Mark zwei Pfandsachen im Werte von zweitausend und eintausend Mark erhalten, dann soll nach Martinius im Verhältnis der Verpfänder die Haftung des geringwertigen Pfandes sich auf die Hälfte, also auf fünfhundert Mark beschränken. Diese Meinung ist mit Recht abgelehnt worden; denn sie macht offenbar keinen Unterschied, ob jemand ein Pfandrecht an einem dem Wert der Forderung nicht entsprechenden Gegenstand für die ganze Forderung bestellt oder

35) So auch im Ergebnis Breit in Gruch. 48/283 ff., Bendix, S. 90 ff in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 25 und Cohn, S. 410; Warneyer zu § 1225; Wolff, Sachenrecht, § 160, III; Emerich, a. a. O., S. 519; Schulz, S. 68, 70; Staudinger zu § 1125; Daehne, a. a. O., S. 80; Wandel, a. a. O., S. 32; Leichsering, S. 43 Oellers, S. 36; alle kommen aber von einer ganz anderen Begründung zu dem Resultat. Manche allein auf Grund des Arguments, § 774 verweise auf den ganzen § 426; andere schließen, daß zwar die gesamtschuldnerische Haftung der Bürgen untereinander aus § 769 bestimmt werde, § 774 wiederhole aber ganz bewußt den Grundsatz.

nur für einen solchen Teil der Forderung, der dem Wert des Pfandgegenstandes gleichkommt. Die Fälle mögen wirtschaftlich betrachtet keinen Unterschied aufweisen, rechtlich divergieren sie aber erheblich. Vom rechtlichen Standpunkt aus gesehen ist es vollkommen gleichgültig, ob eine gewöhnliche Taschenuhr oder eine Perlenkette für eine Forderung von tausend Mark verpfändet wird. Der Pfandgläubiger ist berechtigt, den Wert der Taschenuhr um tausend Mark zu mindern. Das ergibt die Vorschrift des § 1210 BGB, wonach das Pfand für die ganze Forderung haftet. Soll die Haftung der Pfandsache beschränkt werden, dann kann das nur dadurch geschehen, daß durch Vereinbarung die Haftung der Sache für einen Teil der Forderung bestimmt wird[36]). Dann darf der Pfandgläubiger der Pfandsache auch nur den diesem Forderungsteil entsprechenden Wert entziehen. Für den Ausgleich unter mehreren Verpfändern kann darum allein entscheidend sein die Höhe der Haftung und nicht der Wert der Pfandsache. Diese Erkenntnis führt zu folgender Entscheidung des von Martinius erörterten Falles: Zahlt der Eigentümer der einen Wert von zweitausend Mark besitzenden Sache an den Pfandgläubiger, dann geht auf ihn das Pfandrecht in Höhe von tausend Mark über[37]). Der Wert der Pfandsache hat insofern Bedeutung, als der zahlungsfähige und wirtschaftlich denkende Eigentümer die Einlösung des Pfandes, wozu er nach § 1223 II berechtigt ist, davon abhängig machen wird, daß die Haftungssume den Wert des Pfandes nicht überschreitet. Ist die Haftungssumme größer, wird er sich mit dem Gläubiger zu einigen versuchen, und wenn seine Bemühungen erfolglos sind, wird er den Gegenstand zur Versteigerung kommen lassen, bei der es ihm immer noch möglich ist, den Pfandgegenstand zu seinem richtigen Wert zu ersteigern, § 1239 BGB.

Schließlich will man dem Ergebnis, daß zwischen den Verpfändern eine Ausgleichspflicht besteht, die Anerkennung darum versagen, weil das Gesetz in einem ähnlichen Fall, in dem für eine Forderung mehrere Hypotheken bestellt sind, einen Ausgleich grundsätzlich ausgeschlossen hat. Man meint, einen solchen Man-

---

36) Es ist Auslegungsfrage, wann das eine oder andere vorliegt.
37) In diesem Sinne vor allem Breit, Gruch. 48, S. 285; Schulz, S. 72, 73 a. a. O.

gel von Folgerichtigkeit könne man dem Gesetzgeber nicht unterstellen. Mit einer solchen Behauptung verkennt man aber die Gründe, die die Regelung, wie sie für die Gesamthypothek in § 1173 BGB getroffen worden ist, notwendig erscheinen ließen. Man darf nicht vergessen, daß § 1173 eine reine Verlegenheitslösung ist. Man hat sie gewählt, weil man keine bessere fand. Der Schlüssel zum Verständnis der besonderen Regelung des § 1173 liegt darin, daß der Gesetzgeber die Kreditfähigkeit des stark parzellierten Grundbesitzes fördern wollte. Das Institut der Gesamthypothek war also nur für den kleinen Grundbesitz gedacht. Außer der Auffassung, die im § 1173 ihren Niederschlag gefunden hat, sind auch andere Meinungen bei der Abfassung des Gesetzes vertreten worden, worüber die Motive und Protokolle berichten. Man dachte daran, die Rechte der von der Gesamthypothek betroffenen Eigentümer nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 1143 I, 1153 zu gestalten[38]). Der den Gläubiger befriedigende, nicht persönlich schuldende Eigentümer sollte auch die persönliche Forderung mit der Gesamthypothek an seinem und den anderen mit der Hypothek belasteten Grundstücken erwerben. Dieser Vorschlag wurde damit begründet, daß es keinen Unterschied machen dürfe, ob der Eigentümer gegen Quittung oder gegen Abtretung der Gläubigerrechte zahlte, in welchem Falle aber gerade er die Möglichkeit hatte, auf den anderen Eigentümer zurückzugreifen. Diese Lösung wurde darum abgelehnt, weil sie zu höchst unerwünschten Folgen führen mußte. Der zuerst zahlende Eigentümer würde sich an den zweiten verhafteten Eigentümer halten. Dieser würde sich wieder an den nächsten wenden, und so würde schließlich der Erfolg eintreten, daß der zuletzt belangte Eigentümer den ganzen Betrag der gesamten Hypothek zahlen müsse, ohne sich erholen zu können. Man fürchtete nicht ohne Grund, daß ein solches Recht sehr bald zu Unrecht würde und zu Unbilligkeiten und bedenklichen Machinationen Anlaß geben könnte.

Andererseits wird man sich auch über die Unzulänglichkeit der Entscheidung unseres Gesetzes im klaren gewesen sein. Dem Gläu-

38) § 1134 I: Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über.
§ 1153 I: Mit der Uebertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

biger ist damit nicht sonderlich gedient. Denn jeder Eigentümer wird sich äußerste Zurückhaltung bezüglich der Zahlung auferlegen und wird den Gläubiger durch Widerspenstigkeit veranlassen wollen, das verhaftete Grundstück eines anderen Eigentümers in Anspruch zu nehmen.

Ebensowenig wird durch diese Regelung das Interesse der Nachhypothekengläubiger gewahrt, wie folgendes Beispiel zeigen wird: Auf dem Grundstück des A und auf dem Grundstück des B ist für X eine Gesamthypothek von zwanzigtausend Mark eingetragen. Nach ihm steht Y auf dem Grundstück des A mit zehntausend Mark und Z auf dem Grundstück des B mit der gleichen Summe als Hypothekengläubiger eingetragen. Würden nun die Grundstücke in der Versteigerung auch nicht mehr als zwanzigtausend Mark bringen, dann hängt es ganz vom Zufall der Wahl des ersten Hypothekengläubigers ab, welcher von den Nachhypothekengläubigern ausfällt. Sicher ist dieses Bedenken den Mitgliedern der Kommission auch gekommen, aber man fand keinen Ausweg aus diesem Dilemma; denn der Versuch des preuß. Rechtes, diese Mängel zu meiden, hatte sich als praktisch schwer durchführbar erwiesen. Nach preußischem Recht galt folgendes: Ergab die Versteigerungssumme eines mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks nur soviel, daß der erste Gesamthypothekengläubiger allein befriedigt werden konnte, und der Nachhypothekengläubiger ausfiel, dann konnte dieser aus dem mitverhafteten Grundstück insoweit Befriedigung finden, als er aus dem versteigerten Grundstück Befriedigung erlangt haben würde, wenn dieses nur anteilmäßig die Last der Sicherung zu tragen gehabt hätte[39]). Der praktischen Durchführung dieser so einfach klingenden Lösung stehen aber große Schwierigkeiten entgegen, weil vorerst der Wert des Grundstücks festgestellt werden muß, was durch folgende Ueberlegung klar wird.

---

39) Eine solche Regelung ist in ihrer praktischen Auswirkung der gleichzusetzen„ die von vornherein bestimmt: Der Eigentümer eines mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücks erwirbt im Falle seiner Zahlung an den Hypothekengläubiger dessen Hypothek an den anderen verhafteten Grundstücken in Höhe des auf dieses Grundstück fallenden Anteils.

Denn es liegt auf der Hand, daß der Eigentümer, dessen Grundstück außerdem mit einer Nachhypothek belastet, immer dann an einer Befriedigung des Nachhypothekars aus dem anderen Grundstück interessiert ist, wenn er persönlicher Schuldner des Nachhypothekengläubigers ist.

Auch wenn die verhafteten Grundstücke im Innenverhältnis zu gleichen Teilen zu der Haftsumme beitragen müssen, so wäre es zwar für den Eigentümer des für die Gesamthypothek von X Mark in Anspruch genommenen Grundstücks wertvoll zu wissen, daß er das andere Grundstück in Höhe der Hälfte des der Hypothek zugrundeliegenden Forderung (x/2) in Anspruch nehmen kann; von viel größerer Bedeutung ist aber für ihn zu erfahren, ob das Grundstück auch wirklich den Wert von X/2 verkörpert; denn da das Institut der Gesamthypothek gerade für den stark parzellierten Boden gedacht ist, würde es selten sein, daß ein kleines Grundstück den Wert der halben Schuldsumme ausmacht[40]). Da also nach preußischem Recht der Nachhypothekengläubiger in diese Rechte des ersten Gläubigers eintrat, hatte auch dieser nur das Interesse festzustellen, ob das Grundstück den Wert von x/2 hatte.

Der Uebertragung dieser Auffassung auf unser Rechtsleben stehen noch größere praktische Schwierigkeiten entgegen, weil die Wertbestimmung heute noch komplizierter ist. Diese Tatsache ist darauf zurückzuführen, daß allein die Bewertung des Bodens nicht leicht ist, weil dieser Wert des Bodens von verschiedenen Eigenschaften abhängt, z. B. davon, ob es sich um leichten oder schweren Boden handelt, ob das Grundstück an guten Straßen gelegen ist oder nur durch sehr sandige, nach ein paar Regentagen unpassierbare Landwege mit der Zivilisation verbunden ist und schließlich, ob das Grundstück eine bequeme Bahnverbindung aufzuweisen hat. Man darf auch nicht vergessen, daß die öffentlichen Lasten bei der Wertbestimmung eines Grundstücks eine große Rolle spielen. Ferner muß man bei der Bewertung in Betracht ziehen, daß sich die Hypothek auf die von dem Grundstück getrennten Erzeugnisse und sonstige Bestandteile und auf das rechtliche Zubehör (§ 1120 BGB) erstreckt, wodurch eine richtige Bewertung noch schwieriger ist. Außerdem würde die auf gesetzlichem Wege, d. h. in der Zwangsversteigerung vorzunehmende Wertbestimmung sehr langwierig sein

40) Denn gedacht ist d. Gesamthypothek für zusammenliegende kleinere Grundstücke. Dieser Komplex stellt wirtschaftlich einen bedeutend größeren Wert dar als die Summe der Werte der Einzelgrundstücke, und er kann darum höher belastet werden. Und in der Regel wird der Wert eines Einzelgrundstücks nicht gleich dem Bruchteil sein, der seinem nominellen Anteil zukommen würde.

und hohe Kosten verursachen und den erstrebten Zweck, eine sofortige Ausgleichung zu ermöglichen, nicht erreichen. Diese Schwierigkeiten verdoppeln sich, wenn der eine Eigentümer gezahlt hat und es zur Zwangsversteigerung seines Grundstücks nicht hat kommen lassen. Denn nun muß auch noch der Wert seines Grundstücks festgestellt werden, da er mehr als den Wert des Grundstücks nicht zu opfern braucht. Und liegt der Wert des Grundstücks unter seinem nominellen Anteil, müßte den Restbetrag auch das andere Grundstück tragen, soweit es dazu in der Lage ist.

Daß jene Bedenken den Gesetzgeber veranlaßten, eine dem preußischen Recht ähnliche Regelung in das BGB nicht aufzunehmen, ist durchaus begreiflich. Die zusammenfassende Schlußausführung in den Motiven Bd. III S. 686 ist darum völlig zu billigen: „Die Gesetzgebung tut genug, wenn sie den Eigentümern kleinerer Grundstücke die Ausnutzung des Realkredits durch Zulassung der Korrealhypothek ermöglicht. Sie hat aber keine Veranlassung, auf Kosten der Einfachheit des Rechts und des Verfahrens die mit einer Korrealhypothek belastete Parzelle als weiteres Objekt des Realkredits besonders in Betracht zu ziehen".

Es muß aber der Auffassung entschieden widersprochen werden, die jene für die Wertbestimmung des Grundstücks bestehenden Schwierigkeiten auch für die Bewertung eines beweglichen Pfandgegenstandes als vorhanden annehmen will. Denn wenn eine einzige bewegliche Sache verpfändet wird, kann sich das Pfandrecht notwendigerweise nur auf diese Sache erstrecken, es sei denn, es handelt sich um einen Erzeugnisse liefernden Gegenstand. Aber selbst dann wird es nicht schwer sein, den Wert des Gegenstandes ohne Versteigerung festzustellen. Und wenn die Versteigerung doch notwendig sein sollte, so erleidet das Interesse des Pfandgläubigers wenig Einbuße; denn bezüglich des Pfandrechts an einer beweglichen Sache verfolgt das Gesetz den Grundsatz der schleunigen Realisierung, §§ 1228, 1234[41]). Darum ist Planck in seinen Ausführungen zu § 1225 BGB, in denen der es ablehnt, aus der besonderen Regelung des § 1173 für oder gegen den Ausgleich unter Drittverpfändern beweglicher Sachen zu schließen, beizupflichten.

41) § 1228: Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf.

Wir können darum bei der Entscheidung bleiben, daß der Eigentümer eines mit einem Pafndrecht belasteten beweglichen Gegenstandes, für dessen zugrundeliegende Forderung noch ein anderes Pfand besteht, im Falle seiner Zahlung mit der persönlichen Forderung auch zugleich das Pfandrecht an der anderen verhafteten Sache in der Höhe erwirbt, die dem verhältnismäßigen Anteil des anderen Eigentümers entspricht, im Zweifel also zur Hälfte.

Bei der Entscheidung der Frage, ob zwischen dem Drittverpfänder einer beweglichen Sache und dem eines Grundstücks Ausgleich stattfindet, muß man bedenken, daß der Gesetzgeber selber davon ausgeht, daß der Verkehr das Institut der Einzelhypothek nur bei solchen Grundstücken in Anspruch nehmen will, deren Wert allein nach oberflächlicher Schätzung die Schuldsumme erheblich übersteigt. Darum können die bei der Wertbestimmung auftauchenden Schwierigkeiten vollkommen ignoriert werden, weil sie nicht interessieren.

Bei diesem Ausgangspunkt braucht man nicht zu scheuen, zwischen den Drittverpfändern einer beweglichen Sache, deren Bewertung — wie oben ausgeführt — auch keine Schwierigkeit macht, und dem Eigentümer eines mit einer einzigen Hypothek belasteten Hypothek eine Ausgleichspflicht anzunehmen.

§ 8.

Die Ausgleichspflicht zwischen Bürge und Drittverpfänder.

Ueber den gesetzlichen Ausgleich zwischen Bürge und Drittverpfänder wird im Schrifttum sehr gestritten. Zwei Meinungen stehen sich gegenüber. Die einen verneinen ihn, die anderen bejahen ihn.

Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder z. Teil fällig ist. Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Verkauf erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist.

§ 1234: Der Pfandgläubiger hat dem Eigentümer den Verkauf vorher anzudrohen und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll. Die Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen; sie darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist.

Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf 1 Monats nach der Androhung erfolgen. Ist die Androhung untunlich, so wird der Monat von dem Eintritt der Verkaufsberechtigung an gerechnet.

Die Auffassung der einzelnen entspricht ganz der Stellungnahme zum Problem des Ausgleichs der Mitverpfänder beweglicher Sachen. Diejenigen, die einen solchen Ausgleich kraft Gesetzes ablehnen, anerkennen ihn auch nicht zwischen Bürge und Drittverpfänder. Die Verfechter dieser Meinung sind in ihrer Argumentation völlig abhängig von dem Mann, der überhaupt diesen Streit in die deutsche Rechtswissenschaft hineingetragen hat, nämlich von Strohal[41a]). Dieser Umstand rechtfertigt es, sich allein mit den Gründen dieses Schriftstellers zu befassen. Strohal erblickt den Grund für die gegnerische Auffassung in der nach seiner Meinung irrigen Annahme des Ausgleichs unter Drittverpfändern. Strohal, Jher. Jahr. 61/100: „Vergeblich ist der Versuch, aus dem nur vermeintlichen Vorhandensein eines solchen gesetzlichen Ausgleichsanspruchs ein Argument für die Annahme eines dem Drittverpfänder einer haftenden Sache kraft Gesetzes zustehenden Ausgleichsanspruchs gegen den für dieselbe Forderung haftenden Bürgen zu gewinnen".

Dieser Schriftseller erblickt in der besonderen Gestaltung des Bürgschaftsrechts einen Beweis dafür, daß der Verpfänder einer beweglichen Sache in voller Höhe dem Bürgen regreßpflichtig sei. Er schließt das aus der für die Verbürgung geforderten Form (§ 766 BGB) und aus der dem Bürgen zustehenden Einrede der Vorausklage, (§ 771 BGB), vor allem aber aus § 776 BGB, wonach der Bürge in dem Falle, in dem der Gläubiger ein für die Forderung bestelltes Pfand oder eine Hypothek aufgab, insoweit frei werde, als er nach erfolgter Zahlung an den Gläubiger und dem damit verbundenen Uebergang der Gläubigerechte aus diesen Sicherheiten hätte Befriedigung erlangen können. § 776 BGB enthalte den Grundsatz, daß der Gläubiger den Anspruch gegen den Bürgen einbüße, sobald das für die Forderung gestellte Pfandrecht nicht mehr existiere[42]). DJZ 03/377 Sp. 1: „Denn dadurch, daß das Gesetz den Bürgen, dafern er den Gläubiger befriedigt, den Eintritt in das Pfandrecht des Gläubigers gewährleistet, spricht es zugleich aus, daß das Recht des Gläubigers gegen den Bürgen, soweit jener sich

41a) Strohal selber wurde auf dieses Problem durch einen Fall Lenels in dessen Praktikum des bürgerl. Rechts hingewiesen, der in der 12. Aufl. vom Jahre 1933 unter der Nummer 641 aufgezeichnet ist.

42) Aehnlich Sternberg, S. 61, Gruch. Bd. 52; Strohal, Jher. Jb. 61/100.

aus dem Pfand befriedigt und damit sein Pfandrecht konsumiert, erlischt und daher auch nicht mehr auf den Verpfänder der Pfandsache übergehen kann. Der Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfandrecht steht es aber praktisch gleich, wenn der Drittverpfänder den Gläubiger durch Einlösungszahlung befriedigt, um die Sache auf diesem Wege pfandfrei zu machen und über sie als eine pfandfreie weiter verfügen zu können".

Für seine Schlußfolgerung spreche auch die Gestaltung des Hypothekenrechts. Sei nämlich eine Forderung durch eine am Grundstück eines Dritten eingetragene Hypothek und durch einen Bürgen gesichert, könne sich der Bürge immer an der Hypothek schadlos halten, gleichgültig, ob der Bürge oder der Eigentümer den Gläubiger zuerst befriedige. Denn zahlt der Bürge zuerst an den Gläubiger, ginge nach § 774 I die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner über und nach § 412, § 401 die am Grundstück bestellte Hypothek. Die Bürgschaft erlösche aber und von den Nebenrechten blieb alleine die Hypothek übrig, an die sich der Bürge halten könne. Zahle der dritte Eigentümer an den Gläubiger, dann gehe auf ihn nach §§ 1143, 412, 401 die Gläubigerrechte mit der Bürgschaft über, die Hypothek erlösche aber nicht, sondern verwandle sich in eine Eigentümerhypothek (§ 1177). Wenn jetzt der Eigentümer gegen den Bürgen vorginge, würde dieser, da Gläubigerrechte gegen ihn geltend gemacht werden, nach § 774 in diese Rechte eintreten und die Eigentümerhypothek nach §§ 412, 401 erwerben, so daß sich der Bürge auch jetzt an den Eigentümer halten könnte (der gleichen Meinung ist OLG Bd. 35, S. 351).

Daß das Regreßrecht des Bürgen gegen den Verpfänder einer beweglichen Sache sich nur aus einer logischen Interpretation der Bestimmungen aus dem Bürgschaftsrecht ergebe, liege daran, daß das Pfandrecht an beweglichen Sachen kein Eigentümerpfand kenne. Doch gestatte der § 1256 II eine ähnliche Konstruktion. Der Eigentümer einer beweglichen, verpfändeten Sache habe, wie aus seiner Auslegung des § 776 BGB erhelle, nach erfolgter Zahlung an den Gläubiger nur dann einen Anspruch gegen den Bürgen, wenn das Pfandrecht noch bestehe. Wolle also der Verpfänder den Bürgen in Anspruch nehmen, müsse er notwendigerweise ein rechtliches Interesse an dem Weiterbestehen des Pfandes haben; so daß dann

das Pfandrecht nach § 1256 II bestehen bliebe, und dem Bürgen damit immer die Möglichkeit gegeben sei, sich aus dem Pfande zu befriedigen.

In seiner im Jahre 1912 verfaßten und in Jherings Jahrbüchern erschienenen Abhandlung hat dann Strohal versucht, seiner Auffassung durch zwei neue Argumente eine bessere Stütze zu verleihen. Zunächst solle die Richtigkeit seiner Theorie eine vernünftige Auslegung des § 774 erweisen. Wenn Abs. I dieser Vorschrift den Uebergang der Forderung Gläubiger — Schuldner mit dem nach §§ 412, 401 BGB notwendigen Uebergang der Nebenrechte normiere, dann wolle der Abs. II für das Verhältnis von Mitbürgen den nach Abs. I in voller Höhe zu erwartenden Uebergang des Nebenrechts (also der Bürgschaft) auf das unter Gesamtschuldnern übliche Maß beschränken. Da aber das Gesetz eine solche Abweichung von der Normalregel nur für Mitbürgen erlaube, stände fest, daß in den Fällen des Zusammentreffens der Bürgschaft mit einem Pfandrecht oder einer Hypothek diese Rechte in voller Höhe auf den zahlenden Bürgen übergehen.

Besonderes Gewicht käme der Tatsache zu, daß das Pfandrecht eine dem § 776 inhaltsgleiche Bestimmung nicht kenne. Somit sei als auffälliges Ergebnis zu verzeichnen, daß zwar der Bürge bei Aufgabe des Pfandrechts frei würde, dagegen nicht der Eigentümer des Pfandes bei Aufgabe der Bürgschaft. Dieser unbestreitbare Vorzug des Bürgen müsse als unerschütterlicher Beweis dafür gelten, daß das Pfand die Last der Sicherung zu tragen habe.

Alle diese Gründe können aber genauerer Prüfung nicht standhalten.

Der Hinweis auf die in § 766 BGB für den Bürgschaftsvertrag bestimmte Schriftform hat keine Bedeutung. Die ratio legis dieser Norm ist, den Volksgenossen von leichtsinnigen und unüberlegten Abschlüssen solcher Verträge fernzuhalten und ihm die Bedeutung dieses oft folgenschweren Rechtsgeschäfts bewußt zu machen. Im Pfandrecht hat eine solche Bestimmung überhaupt gar keinen Platz; denn grundsätzlich gehört zur Pfandbestellung neben der Einigung die Uebergabe der Pfandsache an den Gläubiger, und man wird nicht leugnen können, daß die Uebergabe dem Eigentümer über den Ernst dieses Rechtsgeschäfts volle Klarheit verschafft, und daß

es wirklich keines anderen Erfordernisses bedarf, ihm die Tragweite seiner Handlung bewußt zu machen.

Auch die Hervorhebung des Mangels der dem Bürgen zustehenden Einrede der Vorausklage kann nicht den Standpunkt Strohals rechtfertigen. Der Gesetzgeber ging bei der Gestaltung des Pfandrechts davon aus, daß das Pfandrecht ein dingliches Recht — ein Sachherrschaftsverhältnis — begründe. Mithin mußten solche Bestimmungen vermieden werden, die nicht unbedingt notwendig waren und außerdem zwangsläufig zu der Auffassung verleiten mußten, das Pfandrecht sei kein dingliches Recht im überkommenen Sinne. Darum war es erforderlich, die Fassung: der Verpfänder hat die Einrede der Vorausklage von vornherein auszuschalten; denn die Einrede ist das Recht, die geschuldete Zahlung zu verweigern. Der Verpfänder ist aber zu keiner Zahlung verpflichtet. Man hätte aber wohl daran denken können, § 1228 II Satz 1 zu erweitern und zwar dahin: der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig ist, und der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den dritten Schuldner ohne Erfolg versucht hat. Hätte der Gesetzgeber diesen Weg beschritten, hätte er ihn auch folgerichtig weiter gehen und ein Mittel finden müssen, das den Pfandgläubiger von der Notwendigkeit, zuerst die Zwangsvollstreckung gegen den dritten persönlichen Schuldner zu versuchen, befreit. Das geeignete Mittel hätte aber nur eine darauf gerichtete Vereinbarung zwischen dem Verpfänder und Gläubiger sein können. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung mußte aber auch wieder zu der Auslegung führen, daß das Pfandrecht kein Recht des Gläubigers auf die Sache sei, sondern im Grunde ein Rechtsverhältnis unter Personen begründe. Man hätte nämlich so folgern können: eine Vereinbarung stellt eine Abänderung eines Rechtsverhältnisses dar. Rechtsgültig kann sie aber nur dann sein, wenn sie zwischen den Trägern des Rechtsverhältnisses vorgenommen sein würde. Begründet das Pfandrecht allein ein Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und der Sache, ist begrifflich jede Vereinbarung ausgeschlossen. Da aber das Gesetz eine solche Vereinbarung zuläßt, müsse als Träger des durch das Pfandrecht begründeten Rechtsverhältnisses nicht die Sache und der Pfandgläubiger erscheinen, sondern der Verpfänder und der

Pfandgläubiger. Diese gefährliche Schlußfolgerung konnte man nur dadurch vermeiden, daß man die Einrede der Vorausklage in das Pfandrecht nicht aufnahm. Somit erklärt sich das Fehlen einer Rechtswohltat, die der dem Bürgen gestatteten Einrede der Vorausklage nachgebildet ist.

Das von Strohal aus § 776 entnommene Prinzip, daß der Anspruch gegen den Bürgen erlösche, sobald die für die Forderung bestellte Sicherheit erlösche, enthält diese Bestimmung gar nicht. § 776 betont, daß die Aufgabe einer Sicherheit durch den Gläubiger für die Rechtsstellung des Bürgen die gleiche Folge zeige, nämlich die, daß die wirtschaftliche Stellung des Bürgen nicht beeinträchtigt wird. Wenn also diese Folge eintritt, ohne Rücksicht darauf, ob die Sicherheit in einer Bürgschaft, Hypothek oder in einem Pfand an einer beweglichen Sache bestand, dann können aus dieser Folge nur solche Schlüsse gezogen werden, die für alle diese Sicherungen gelten. Der von Strohal aufgestellte Satz paßt — wenn überhaupt — dann nur für die Aufgabe dinglicher Sicherungen, aber nicht für die Aufgabe von Bürgschaften. Denn der Bürge bleibt ja gerade trotz der Aufgabe des Mitbürgen dem Gläubiger gegenüber verpflichtet.

Die Heranziehung des § 1256 II hat auch keine Beweiskraft. Strohal selber hat in seinem Aufsatz von 1912 diese Argumentation als umständlich anerkannt. Es soll der Nachweis versucht werden, daß sie sogar unrichtig ist. Selbst wenn man aber ihre Richtigkeit voraussetzt, kann diese Beweisführung keine unumschränkte Geltung beanspruchen. Erfolgt die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande durch Verkauf (§ 1228 BGB), gilt die Forderung als von dem Eigentümer in Höhe des Erlöses berichtigt (§ 1247 BGB). Diese Fiktion führt zwangsläufig zur Anwendung von § 1225 BGB, wonach die Forderung des Gläubigers auf den Verpfänder übergeht. Für die Strohalschen Versuche, den Uebergang der Nebenrechte nach §§ 412, 401 durch die Annahme zu retten, daß das Pfandrecht nach § 1256 II erhalten bleibt, ist aber gar kein Raum, weil die Pfandsache gar nicht mehr da ist.

Ebensowenig würde diese Konstruktion zum Zuge kommen, wenn das Pfandrecht nicht vom Eigentümer, sondern z. B. vom Entleiher der Sache bestellt worden ist; denn die Konstruktion nach

Abs. II § 1256 hat zur Voraussetzung, daß das Pfandrecht mit dem Eigentum zusammenfällt. Vielmehr würde in diesem Falle, sofern der Verpfänder den Gläubiger befriedigt, das Pfandrecht erlöschen, wenn der Pfandgläubiger dem Verpfänder das Pfand zurückgibt (§ 1253).

Aber folgende Erwägung bringt die Strohalsche Auffassung vollends zum Scheitern. Das Pfandrecht wird von dem strengen Grundsatz der Akzessorietät beherrscht. Wenn das Pfandrecht bestehen soll, dann muß es die Wertigkeit aufweisen, die die Forderung hat. Besteht eine Forderung von X Mark, hat das Pfandrecht die Wertigkeit X, d. h. der Wert der Pfandsache darf um X Mark gemindert werden. Diese Feststellungen sind für die Beurteilung folgenden Falles wichtig.

Sind für eine Forderung zwei Bürgschaften und ein Pfand bestellt, und befriedigt Bürge 1 den Gläubiger, geht auf ihn die Forderung des Gläubigers mit der anteilmäßig reduzierten Bürgschaftsforderung und dem ganzen Pfandrecht über. Hält sich Bürge 1 jetzt an das Pfand, und wird vom Verpfänder und Eigentümer befriedigt, erwirbt der Verpfänder und Eigentümer die Forderung mit der reduzierten Bürgschaftsforderung gegen B 2. Er hat also gegen Bürge 2 nur einen Anspruch von x/2 Mark. Mithin hat er auch nur das Interesse, das Pfand dem Bürgen mit einer Wertigkeit von X/2 zu übertragen, worauf ja der Bürge nur Anspruch hat. Das geht aber nicht, weil das Pfand nur in voller Höhe der Forderung, für die es bestellt war, existieren kann. Aber an einem Pfand in voller Höhe der Forderung ist der Eigentümer keinesfalls interessiert. Strohals Auffassung endet damit in einem Irrgang.

So stark das Argument Strohals zu sein scheint, das Institut der Eigentümerhypothek garantiere auf alle Fälle den Rückgriff des Bürgen, so sehr sprechen innere Gründe gegen die bedenkenlose Ausnutzung dieses Instituts zugunsten des letzteren. Man darf nicht vergessen, daß das Pfand am eigenen Grundstück demselben Grund gedanken entspringt, wie das Pfand an der eigenen beweglichen Sache (§ 1256 II). Der Grund, der zur Anerkennung der Eigentümerhypothek führte, war der, das Interesse des Realkredites in großen Gebieten des Reiches zu wahren und zu fördern, anderseits zu verhindern, daß den nachstehenden Berechtigten ein durchaus

unberechtigter Vorteil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechtes mit dem Eigentum erwachse (siehe Motive Bd. III, S. 203). Allein die überaus starke Häufigkeit gleichzeitiger mehrfacher Belastung eines Grundstücks rechtfertigt jene Erwägungen; andererseits erklärt die Seltenheit gleichzeitiger mehrfacher Belastung einer beweglichen Sache, daß der Gesetzgeber das Eigentümerpfand nicht als Grundsatz, sondern nur als Ausnahme geschaffen hat[43]) (§ 1256): „Das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum derselben Person zusammentrifft. Das Pfandrecht gilt als nicht erloschen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat." Wenn also § 1177 II und § 1256 II denselben rechtspolitischen Grund haben und das gleiche Ziel verfolgen, dann muß jede Argumentation, die sich auf eine dieser beiden Vorschriften stützt, sich notwendigerweise auch auf die andere stützen lassen. Wenn man aber — wie wir und sogar Anhänger der Strohalschen Theorie[44]) — diese Begründung, die auf § 1256 II hinweist, ablehnt, dann kann man auch nicht den Versuch anerkennen, den Regreß des Bürgen auf die Eigentümerhypothek zu stützen.

Noch eigenartiger mutet das Ergebnis Strohals an, wenn man statt der Doppelsicherung Hypothek — Bürgschaft die Doppelsicherung Grundschuld—Bürgschaft auf die Regreßmöglichkeit des Bürgen untersucht.

Bestellt der Eigentümer eines Grundstücks dem Gläubiger eine Grundschuld, hat der Gläubiger dieselbe dingliche Sicherung, wie er sie an einer Hypothek haben würde. Der Gläubiger steht sich insofern günstiger, als er keine Gefahr läuft, daß ihm Einreden aus der Forderung entgegengehalten werden. (§§ 1192, 1137 BGB). Ist dann dem Gläubiger für dieselbe Forderung noch ein Bürge ver-

43) Mot. III, S. 842. Es ist indessen die Möglichkeit zu berücksichtigen, daß bei der Vereinigung eines älteren Pfandrechts mit dem Eigentum jenes Recht wegen des Vorhandenseins anderer jüngerer den Wert der Sache erschöpfender Pfandrechte als das wertvollere Recht erscheint. In diesem Falle die Rechtsvereinigung zum materiellen Nachteile derjenigen Person ausschlagen zu lassen, in welcher ein Ueberfluß von Recht stattfindet, würde eine Unbilligkeit sein, welcher in dem letzten Satz des § 1193 vorgebeugt wird.

44) So z. B. Tasse, S. 69: „Der Pfandeigentümer hat doch kein rechtliches Interesse daran, daß das Pfand auf den Bürgen übergehen kann; im Gegenteil liegt ihm daran, daß das Pfandrecht untergeht, damit er aus dem Pfande nicht mehr in Anspruch genommen werden kann".

pflichtet, stehen wir vor folgender Rechtslage: Zahlt der Bürge an den Gläubiger, erwirbt er zwar die Hauptforderung, aber nicht die Grundschuld; denn die Grundschuld ist kein Nebenrecht des § 401 BGB. Die Grundschuld geht, wenn die Forderung kraft Gesetzes (§ 412) auf einen anderen übergeht, nicht ohne weiteres mit über (RJA 12, 251)[45]). Dem Grundstückseigentümer seinerseits wird es aber nicht schwer, die Last völlig auf den Bürgen abzuwälzen, wie sich aus den §§ 1192, 1150, 268, 412, 401 ergibt.

Diesen Unterschied im Ergebnis allein aus dem mangelnden akzessorischen Charakter der Grundschuld zu schließen, ist nicht unbedenklich. Denn durch § 1192 BGB werden gerade die Bestimmungen des Hypothekenrechts ausgeschlossen, die den Eigentümer begünstigen (wie z. B. § 1137 u. § 1163 I). Demzufolge hätte man doch gerade ein den Eigentümer benachteiligendes Ergebnis erwarten müssen.

Noch größer wird das Erstaunen, wenn man feststellen muß, daß der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks in dem Gesamtsystem des BGB im Grunde keine andere Rechtsstellung als der Eigentümer des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks hat. Was sich der Hypothekar nach § 1137 entgegenhalten lassen muß, kann dem Grundschuldgläubiger als Einrede unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 821, § 813 BGB) entgegengehalten werden, es sei denn, es handelt sich um dilatorische Einreden, die nicht unter § 813 fallen.

Ist eine eingetragene Hypothek nicht valutiert, steht sie zwar als Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zu. Um aber den gutgläubigen Erwerb der eingetragenen Hypothek (aber ohne Forde-

45) Der Bürge könnte nur im Wege der rechtsgeschäftlichen Abtretung die Grundschuld vom Gläubiger erwerben. Diese rechtsgeschäftliche Abtretung kann der Eigentümer zwar nicht hindern; denn eine obligatorische Verpflichtung, die Grundschuld nicht abzutreten, erlangt niemals absolute Wirkung (§ 137 BGB.). Die Begründung einer solchen obligatorischen Verpflichtung ist aber durchaus möglich (§ 1136 steht nicht im Wege). Die praktische Auswirkung einer entgegen dieser Verpflichtung vorgenommenen Abtretung kann der Eigentümer dadurch verhindern, daß er sich den durch die evtl. Verletzung d. Verpflichtung entstehenden Schadensersatzanspruch durch ein Pfandrecht an der von ihm dem Gläubiger bestellten Grundschuld sichern läßt. Der Verpfändung eines Rechts für eine künftige oder bedingte Forderung steht nichts im Wege (§ 1273, § 1204 II). Der Bürge würde dann nur eine mit dem Pfandrecht belastete Grundschuld erwerben.

rung) nach § 1138, § 892 BGB auszuschließen, muß der Eigentümer die Eintragung eines Widerspruchs nach §§ 894, 899 BGB besorgen

Ist eine bereits eingetragene Grundschuld nicht valutiert, steht die Grundschuld dagegen weiterhin dem eingetragenen Gläubiger zu. Der Geltendmachung seines Anspruchs kann aber der Eigentümer die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegensetzen. Mit dieser Einrede kann der Eigentümer sich auch jedem neuen Erwerber der Grundschuld gegenüber verteidigen und durch Bewirkung der Eintragung eines Widerspruchs den guten Glauben an das Nichtbestehen dieser Einrede zerstören (§ 1192, §§ 1157, 894, 899, 821 BGB). Das praktische Ergebnis in beiden Fällen ist das gleiche. Der Eigentümer ist nicht eher gegen unliebsame Weiterveräußerung geschützt, als bis er die Eintragung eines Widerspruchs erreicht hat. Umso mehr muß es befremden, daß die Doppelsicherung Bürgschaft—Grundschuld, was den Regreß des Bürgen anbelangt, zu einem umgekehrten Ergebnis führt. Hinzu kommt ein Bedenken wirtschaftlichen Charakters.

Wenn wirklich der Besteller einer Hypothek bei Hinzutreten eines Bürgen von diesem im Falle seiner Zahlung in voller Höhe in Anspruch genommen werden kann, dann wäre es allerdings für den Eigentümer günstiger, eine Grundschuld zu bestellen. Wenn man aber bedenkt, daß der Bürge wie der Grundstückseigentümer den Willen hat, allein seinem Vertragspartner, d. h. dem Gläubiger die Hauptforderung zu sichern, und nicht darüber hinaus mit seinem Vermögen als Sicherheit für Dispositionen anderer zu dienen, dann gelangt man in Wahrheit zu einem geradezu kreditfeindlichen Ergebnis. Denn der Grundstückseigentümer wird sich sträuben, eine Hypothek für die Schuld eines Dritten zu bestellen, und jeder andere wird sich hüten, eine Bürgschaftsverpflichtung einzugehen[46]). Mithin bliebe als einziges Sicherungsmittel die Grundschuldbestellung.

Dem steht aber entgegen, daß die Institute des Pfandrechts und der Bürgschaft den Zweck haben, kreditfördernd zu wirken. Will

---

46) Denn der Bürge muß fürchten, im Falle eines Hinzutretens einer Grundschuld für den Eigentümer des haftenden Grundstücks als Sicherung zu dienen, und der Besteller einer Hypothek läuft Gefahr, für einen Bürgen die Finanzierung seiner Bürgschaftsstellung zu übernehmen.

man also dem Sinne des Gesetzes gerecht werden, muß man sich um eine andere Lösung bemühen. Da aber an der Regreßpflicht des Bürgen im Falle der Doppelsicherung Bürgschaft — Grundschuld nicht zu deuteln ist, kann man zu einer befriedigenden Entscheidung nur gelangen, wenn man die Lösung Strohals ablehnt.

Das Argument, die Beschränkung in § 774 II deute auf einen vollen Uebergang der Hypothek, ist nicht stichhaltig; denn nach derselben Methode kann man folgern, daß der zahlende Verpfänder alle Nebenrechte in voller Höhe erwürbe; denn die Beschränkung in Abs. II § 1225 gelte ja nur für die Mitverpfänder.

Sehr überzeugend wirkt dagegen der Hinweis auf § 776 mit der Folgerung, daß, — da der Bürge bei Aufgabe des Pfandes frei werde, soweit er sich aus dem Pfande hätte befriedigen können, der Verpfänder im umgekehrten Falle aber nicht — dem Bürgen eine vor dem Verpfänder günstigere Stellung von Gesetzes wegen eingeräumt werden sollte.

Diesen Gedanken hat Braun-Melchior aufgenommen und weiter ausgebaut. Auf S. 203 ff. seiner Abhandlung führt er aus, daß im Falle der Forderungssicherung durch zwei Bürgen die Aufgabe des einen für diesen Befreiung von jeglicher Regreßnahme bedeute; denn der andere zahle ja nur den ihm zukommenden Anteil. Würde dagegen eine Forderung durch ein Pfand und einen Bürgen gesichert — die Ausgleichspflicht beider Sicherer unterstellt —, würde in Ermangelung einer dem § 776 entsprechenden Bestimmung zugunsten des Drittverpfänders der Bürge trotz seiner Entlassung weiter dem zahlenden Verpfänder ausgleichspflichtig bleiben. Zudem würde sich § 776 für diesen Fall als völlig überflüssig erweisen, da dasselbe Ergebnis auch bei Anwendung der gewöhnlichen Gesamtschuldregeln erreicht wäre.

Dieser Widerspruch würde, ohne neuen Schwierigkeiten zu begegnen, gelöst, wenn man dem Bürgen ein Regreßrecht in voller Höhe gäbe. Darum müsse der Rechtssatz auch vollkommen anerkannt werden, daß der Bürge im Falle seiner Zahlung auf das Pfand zurückgreifen könne, dagegen nicht der Verpfänder auf den Bürgen.

Es ist nicht zu leugnen, daß die Bestimmung des § 776 beim Zusammentreffen von Bürge und Drittverpfänder eine Begünstigung des Bürgen enthält. Es ist aber unrichtig, wenn man bei der

Betrachtung der Auswirkung dieser Vorschrift im Gegensatz zum Gesetz von dem befreiten Bürgen ausgeht. § 776 BGB bezweckt den Schutz des nicht entlassenen Bürgen, dem durch den Verlust des Gläubigerrechts gegen den anderen Sicherer kein Schaden entstehen soll, der besonders dann empfindlich sein könnte, wenn eine dingliche Sicherheit aufgegeben ist, zumal der evtl. bestehende obligatorische Ausgleichsanspruch möglicherweise kaum realisierbar wäre.

Der Rechtslage des entlassenen Bürgen Aufmerksamkeit zu schenken, bestand für den Gesetzgeber gar keine Veranlassung, zumal diesem mit der Entlassung eine anormale, mit dem Zweck der Bürgschaft nicht zu vereinbarende Vergünstigung zuteil wurde.

Ebenso unrichtig ist es, aus dem Fehlen einer dem § 776 entsprechenden Bestimmung zugunsten des Drittverpfänders die Folgerung zu ziehen, zu der sich Strohal und Braun-Melchior entschlossen haben; denn da das Pfandrecht kein Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Drittverpfänder begründet, hätte eine dem § 776 entsprechende Vorschrift nur lauten können: Die Haftung der Pfandsache vermindert sich insoweit, als der Drittverpfänder aus den aufgegebenen Sicherungen Ersatz hätte verlangen können.

Wenn also eine Forderung von X Mark durch Bürgschaft und durch ein vom Dritten gegebenes Pfand gesichert würde, hätte das Pfand bei Aufgabe der Bürgschaft nur eine Haftungslast von X/2 zu tragen, obwohl der Gläubiger die Forderung gegen den Schuldner noch in voller Höhe von X Mark besaß. Ein solcher Rechtssatz widerspräche den Grundsätzen des Pfandrechts.

Eine solche Vorschrift hätte nur Anlaß geben können, die akzessorische Natur des Pfandrechtes zu bezweifeln. Darum hat der Gesetzgeber gutgetan, eine dem § 776 entsprechende Vorschrift in das Pfandrecht nicht aufzunehmen. Wenn man das berücksichtigt, kann man unmöglich dem Gesetzgeber den Willen unterstellen, durch § 776 BGB zum Ausdruck bringen zu wollen, daß der Bürge gegen den Drittverpfänder einen Regreßanspruch in voller Höhe hat.

Nach diesen Ausführungen müssen die Gründe Strohals als nicht stichhaltig zurückgewiesen werden. Aber selbst wenn man davon absieht, muß man das Ergebnis als solches als höchst bedenklich ablehnen; denn es würde gerade dazu führen, die Achtung vor dem Gesetz zu untergraben und den berechtigten Vorwurf begründen,

unser Gesetz schaffe zweierlei Recht, nämlich für den Juristen, der auf Grund seiner Gesetzeskenntnis in der Lage ist, die Härten des Gesetzes zu umgehen, und zum andern für den Laien, der auf Grund seiner Unerfahrenheit seine wirtschaftlichen Dispositionen nur in unkomplizierten, dem natürlichen Empfinden naheliegenden Rechtsgeschäften abschließt.

Der Unkundige würde für den Fall, daß er dem Gläubiger eines andern Sicherheit für dessen Forderung leisten soll, den Weg wählen, daß er die Sache als Pfand für die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner bestellt. Er würde mit diesem Verfahren die Unbilligkeit des Gesetzes zu spüren bekommen; wenn sich noch ein Bürge zugesellt, müßte er die Last der Sicherung allein tragen.

Der Jurist würde dem auf folgende Art entgehen: Er schließt mit dem Gläubiger einen Bürgschaftsvertrag und verpfändet für diese aus dem Bürgschaftsvertrag gegen ihn bestehende Forderung einen entsprechenden wertvollen Gegenstand. Er erreicht auf diese Art dasselbe Ziel. Er hat dem Gläubiger die gewünschte Sicherheit gegeben und seine Haftung auf den Pfandgegenstand beschränkt; denn nach § 777 ZPO kann er den Gläubiger auf die Befriedigung aus diesem Gegenstand verweisen. Er entgeht dabei aber dem Nachteil, mit seinem Vermögen auch noch Dispositionen anderer zu decken und erhält sich die Möglichkeit, von einem hinzukommenden Bürgen anteilmäßig Ersatz verlangen zu können.

Eine solche Rechtsauffassung widerspricht aber dem Ziel und Grund des Gesetzes, gleichen wirtschaftlichen Belangen der Rechtsunterworfenen im gleichen Maße gerecht zu werden.

Da Strohals Versuch, den vom Rechtsgefühl und von der Billigkeit geforderten Ausgleich zwischen Bürgen und Drittverpfänder zu leugnen, als gescheitert angesehen werden muß, besteht kein Grund mehr, einen solchen Ausgleich abzulehnen. Doch über die juristische Begründung besteht auch unter den Anhängern dieses Ergebnisses Streit. Bendix, Cohn und Oellers haben unternommen, den Ausgleich allein aus § 426 abzuleiten. Bendix hat zwar nur den Mut zur Behauptung: „Meines Erachtens kommt die Vorschrift des § 426 zur unmittelbaren Anwendung. Treffen mehrere Sicherungspflichtige, z. B. Bürge, Drittverpfänder und Eigentümer des für fremde Schuld hypothekarisch belasteten Grundstücks zusammen, so liegt

ein Gesamtschuldverhältnis vor." (S. 93, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 25). Oellers hat sich dagegen um eine sehr umfassende Begründung dieses Standpunkts bemüht. Er hält ihn darum für völlig berechtigt, weil nach seiner Meinung auch der Drittverpfänder oder Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks dem Gläubiger gegenüber etwas schulde. Wenn für ein Schuldverhältnis zwei Elemente begriffsnotwendig seien, das Bekommensollen des Gläubigers und das Leistensollen des Schuldners, dann wäre nur der Nachweis des Leistensollens auf Seiten des Verpfänders zu erbringen; denn das Bekommensollen des Gläubigers liege auf der Hand. Folgende Gesetzesstellen sollen das Leistensollen des Schuldners einleuchtend genug darlegen. (§§ 1142, 1146, 1147, 1137, 1211, BGB 592 ZPO).

Diese Begründung kann aber nicht überzeugen. Schon der Ausgangspunkt ist zweifelhaft. Es kann keine Rede davon sein, daß der Pfandgläubiger etwas vom Verpfänder bekommen soll; denn der Pfandgläubiger hat durch die Pfandbestellung ein Befriedigungsrecht erhalten, dessen Ausübung der Eigentümer der Pfandsache nicht hindern kann. Durch die Pfandbestellung hat der Pfandgläubiger bereits alles vom Eigentümer erhalten. Aus den angeführten Gesetzesstellen läßt sich leicht das Gegenteil von dem entnehmen, was Oellers herausgelesen hat. § 1142 spricht von der Berechtigung des Eigentümers zu zahlen, also nicht vom Leistensollen, sondern Leistenkönnen. Abs. II der Vorschrift hebt ausdrücklich die Befugnis des Eigentümers hervor, die Befriedigung durch Aufrechnung vornehmen zu können, was überflüssig wäre, wenn der Gesetzgeber den Verpfänder als Schuldner betrachten wollte. Und wenn es in § 592 ZPO heißt: „Als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, gilt auch der Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld", dann bedeutet das in der Gesetzessprache: Obwohl der Anspruch aus einer Hypothek kein Anspruch ist, der die Haftung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, soll er ausnahmsweise als ein solcher behandelt werden.

Aber außer dieser bedenklichen Argumentation von Oellers kann sein Ergebnis nicht befriedigen, weil es auch wieder auf der Verkennung des rechtlichen Wertes einer nach § 426 übertragenen

Forderung beruht. Die Lösung von Bendix und Oellers führt dazu, daß der den Gläubiger befriedigende Sicherer dessen Forderung gegen den Schuldner erwirbt, aber der im Innenverhältnis ausgleichspflichtige Sicherer allein aus seinem besonderen Rechtsverhältnis zum Schuldner von diesem Ersatz verlangen kann.

Der Ausgleich zwischen dem Bürgen und dem Drittverpfänder soll doch aber gerade nach denselben Grundsätzen erfolgen, die für den Ausgleich unter Bürgen oder Mitverpfändern maßgebend sind. Da aber das Gesetz an den Fall der Doppelsicherung Bürge — Verpfänder nicht gedacht hat, soll man nicht bestrebt sein, einen geschriebenen Rechtssatz für die Regelung dieser Beziehungen zu finden. Man muß seine Zuflucht zur Analogie nehmen und sich zu einer entsprechenden Anwendung der §§ 774, 1225 bekennen und aus dieser Bestimmung das allgemeine Prinzip folgern, daß mehrere Sicherer untereinander im Zweifel zum Ausgleich verpflichtet sind. (Breit, S. 293).

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat bisher noch keine Gelegenheit gehabt, sich mit unserem Problem zu befassen. Im Band 75, S. 271 behandelt das Reichsgericht die Frage, ob der Bürge den Bürgschaftsvertrag anfechten kann, wenn er bei der Eingehung der Verpflichtung glaubte, daß dem Gläubiger vom Hauptschuldner ein Forderungspfandrecht rechtsgültig bestellt worden sei. Es kommt in seiner Entscheidung notwendigerweise zu dem Schluß, daß der Bürge ein Anfechtungsgrund hat, weil im Falle der vom Schuldner vorgenommenen Verpfändung er nach § 774 BGB auf das verpfändete Recht zurückgreifen konnte.

Aus dieser Entscheidung kann man aber begreiflicherweise kein Argument für den Ausgleich zwischen Bürge und Drittverpfänder entnehmen.

In einem Urteil im 85. Bd. S. 363 schneidet das Reichsgericht zwar die Frage an, vermeidet aber jede endgültige Stellungnahme: „Es bedarf auch des weiteren nicht der Untersuchung, ob ein Rückgriff des dinglichen Schuldners gegen den Bürgen nicht gegeben ist (Strohal DJZ 03, S. 373) oder ob vielleicht auch jene dritte Rechtsansicht zu billigen wäre (Strohal Jher. Jb. Bd. 61, S. 59), wonach ein Rückgriff des dinglichen Schuldners, der die Schuld bezahlt hat, insoweit,

aber auch nur insoweit statthaben kann, als er über den Wert des Pfandes hinaus, mit dem er haftet, gezahlt hat."

Es bleibt nur zu wünschen, daß der höchste Gerichtshof in einer die Wirtschaft in so hohem Maße interessierenden Frage die Entscheidung fällt, die allein gesundem Rechts- und Volksempfinden entspricht.